



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

WIDENER LIBRARY



HX GFEG P

AH 7203.141



Harvard College Library.

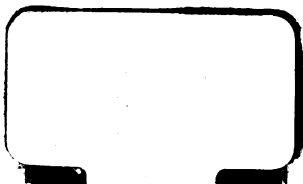
FROM

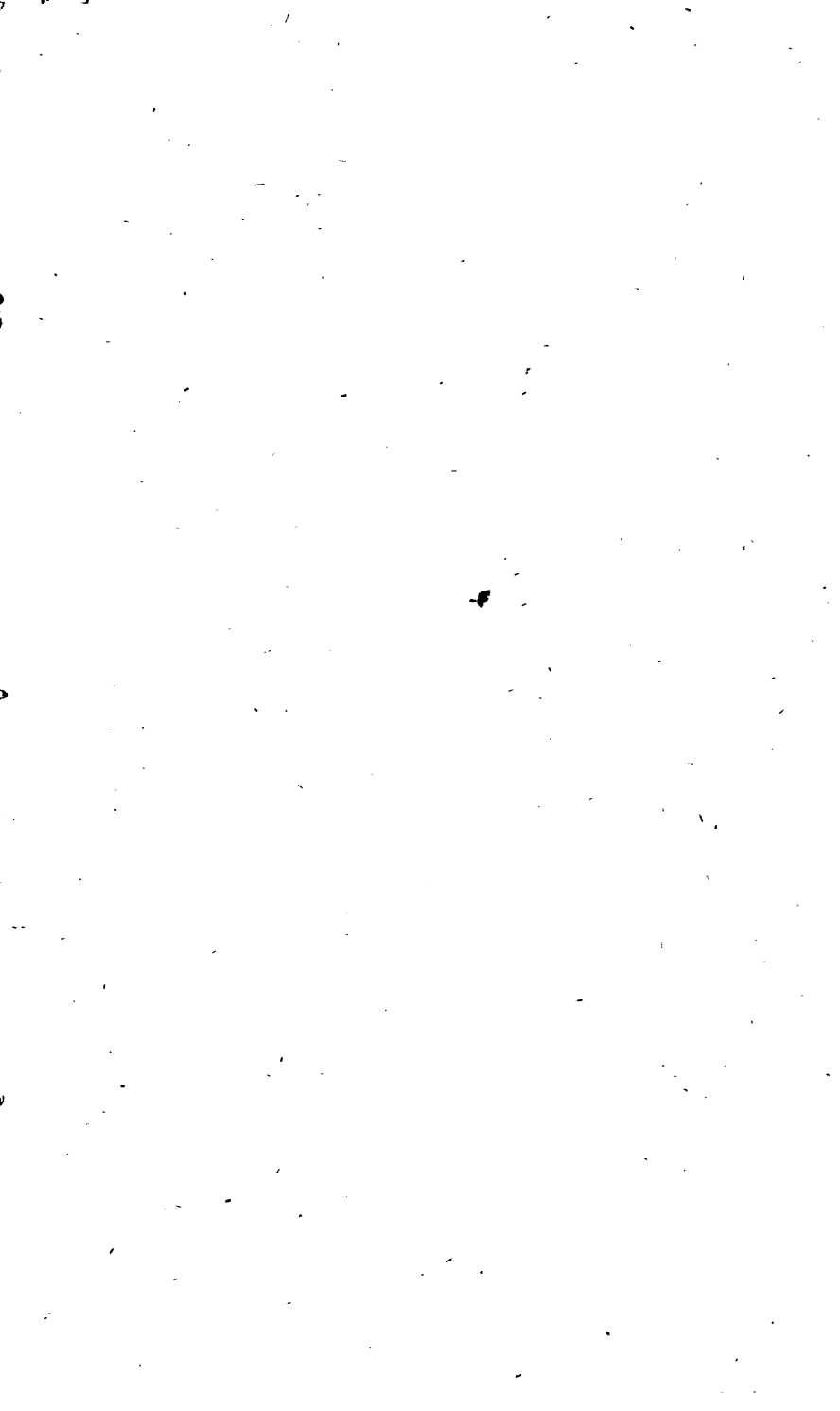
THE LIBRARY OF

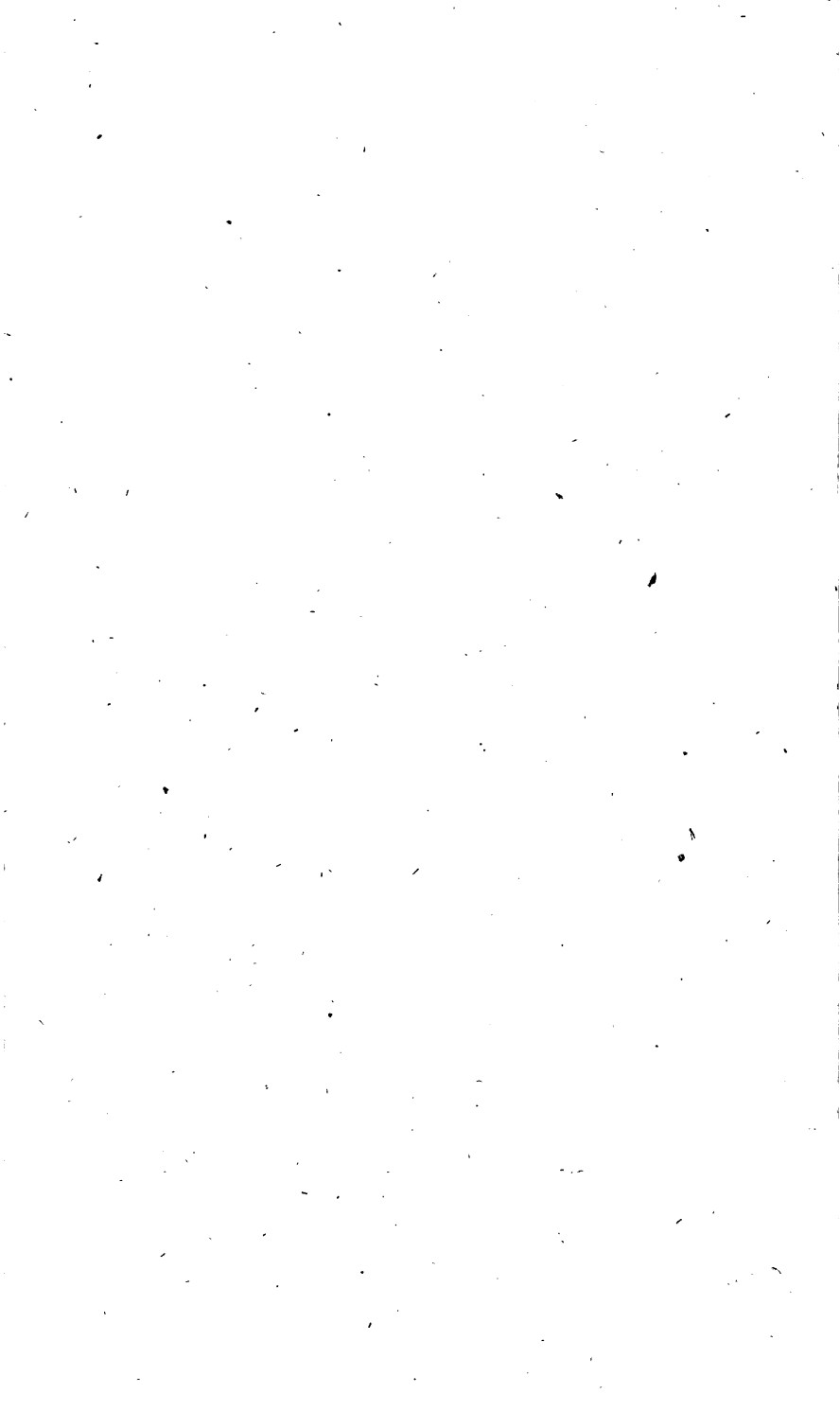
PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received 29 June, 1891.







Ausführliche Erläuterung

der

P a n d e c t e n

nach

Gellfeld

e i n C o m m e n t a r

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der
Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Sechszehnten Theils erste Abtheilung.

E r l a n g e n

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1 8 1 4.

~~VI. 7285~~

AH 7203.141

✓
Harvard College Library,

29 June 891.

From the Library of

Prof. E. W. GURNEY.

Lib. XVIII. Tit. I.

De contrahenda emtione et de pactis
inter emtorem et venditorem com-
positis, et quae res venire
non possunt.

§. 972.

Ursprung und Begriff des Kaufcontract. Wesentliche
Stücke desselben.

Der vierte Consensual-Contract ist der Kauf, un-
streitig einer der ältesten Contracte¹⁾. Er leitet, sagt
Paulus L. 1. pr. D. h. t.²⁾ seinen Ursprung vom Lau-
sche

1) *S. Franc. DUARENUS ad h. Titulum Comm. in Operib. pag. 1017. sqq. Io. D'AVEZAN Tr. de emtione et venditione. Lib. Contractuum II. Tract. 1. (in Thes. Meermann. Tom. IV. p. 78. sqq.) Rob. Jos. POTHIER Traité du contrat de vente. a Paris 1768. Nouv. edlt. par Mr. BERNARDI. Paris 1806. gr. 8. und Ernst Christ. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth- und Erbzinscontract. Leipzig 1789. 8.*

2) Ueber die L. 1. h. t. haben vorzüglich commentirt *Jac. CU-
JACIUS in Commentar. postum. ad Pauli libr. 33. ad Edictum. Io. Fernand. de RETES Opusculor. lib. VII. cap. 1. (Thes. Meerman. Tom. VI, pag. 308. sqq.) FERANDUS ADDUENSIS
Explication. Lib. I. cap. 19. (in Thes. Otton. Tom. II.
Glücks Erläut. d. Pand. 16. Th. X pag.*

sche her. Denn Anfangs hatte man noch kein Geld ³⁾. Den Unterschied zwischen Preis und Waare kannte man damals noch nicht. Jeder tauschte das, was er brauchte, gegen Etwas, was er für sich entbehren konnte, nach Zeit und Umständen ein. Allein ein solcher bloßer Tauschhandel fand nicht selten Schwierigkeiten. Demjenigen, welcher die Waare hatte, die man brauchte, war oft mit der Sache nichts gedient, die man ihm dagegen zum Tausch anbot; oder er war der Sache, welche man von ihm verlangte, eben so wohl bedürftig. Es war auch oft sehr schwer, über die Quantität und Qualität jeder Waaren sich zu vergleichen. Um diesen Schwierigkeiten abzuhelfen, kam man endlich auf die Erfindung, eine gewisse Materie, wozu man Metall wählte, zum allgemeinen Maasstabe des Sachenwerths anzunehmen, und durch öffentlich beglaubigte Bezeichnungen in Umlauf zu setzen ⁴⁾. Ein solches geprägtes

pag. 526. sqq.) *Emund. MERILLIUS* Observation. Lib. VIII. cap. 35. *Balth. BRANCHU* Observation. ad ius Rom. Dec. II. (*Lugd. Batav. 1723. 8.*) cap. 11 — 13.

3) *Paulus* sagt: *Olim enim non ita erat nummus.* Das heißt *nullus omnino erat nummus.* Es ist dies keine ungewöhnliche Figur in den Fragmenten der römischen Rechtsgelehrten, daß sie mehr zu sagen scheinen, als sie verstanden wissen wollen. Man sehe *Io Vande WATER* Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 12. pag. 342. Allein *POTHIER* Pand. Justin. h. t. Nr. I. not. 2. hält das *ita* für überflüssig.

4) Anfangs bediente man sich bloß des rohen Metalls, welches man im Handel und Verkehr einander zuwog. Man nannte dieses *aes grave*. S. *VERIZONII* Diss. de aere gravi. Nachher erst fing man an, das Metall zu prägen, und ihm Form und Werth zu geben. Bey den Griechen soll zuerst *Phidias* Ar-

gibus,

prägtes Metall nannte man νόμισμα, nummus, Münze, Geld; und da solches seinen Gebrauch nicht sowohl durch die Materie erhält, woraus es besteht, als vielmehr durch den ihm beygelegten öffentlichen Werth⁹); so war jezt nicht nur der Verkäufer der Mühe überhoben, die Quantität und Qualität desjenigen, was ihm für seine Waare angeboten wurde, zu untersuchen, sondern man fand nun auch, da man das Geld zu einer Waare von allgemeiner Nützbarkeit gemacht hatte, den geneigten Verkäufer bey

A. 2

jedem

gibus, bey den Römern aber der König Servius Tullius geprägtes Metall eingeführt haben. S. PLINIUS *Hist. Nat. Lib. VII. c. 56. und Lib. XXXIII. c. 3.* Zuerst prägte man einen Ochsen oder ein Schaf, als das Kennzeichen des Werths, auf die Münze. Daber entstand die Benennung pecunia von pecus. VARRO *de re rustica Lib. II. circa init.* Man sehe auch BRANCMU *Observat. Dec. II. Cap. 12.*

5) Paulus sagt: *Laque materia forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate.* Es ist kein Grund vorhanden, hier von der Florentinischen Lesart abzugeben, und mit Budäus und andern, statt quantitate, qualitate zu lesen. Allen Zweifel hebt L. 94. §. 1. *D. de solut.* wo Papinian sagt: in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem. Quantitas heißt aber hier nicht sowohl Summe oder Gewicht, wie es FERRANDUS c. 1. pag. 527. erklärt, noch numerus, wovon Iac. CURTIUS Εἰκαστῶν Lib. III. cap. 23. (in *Th. Otton.* Tom. V. pag. 211.) das Wort nummus ableiten will, sondern der durch öffentliches Ansehen dem Gelde für immer beygelegte Werth. S. Marqu. FREHER Παρρησιῶν s. Verisimilium Lib. I. cap. 14. (*Thef. Ottonian.* Tom. I. pag. 279.) Ios. AVERANIUS *Interpretat. iuris Lib. III. cap. 22. nr. 2 — 4.* und BRANCMU *Observat. ad ius Rom. Dec. II. cap. 12.*

jedem Schritte 6). Seit dieser Erfindung ward nun nicht mehr auf beyden Seiten dasjenige, was jeder Theil gab, Waare (*merx*) genannt; sondern nun unterschied man zwischen Waare und Preis, zwischen Käufer und Verkäufer; statt daß bey dem bloßen Tauschhandel jeder Theil gegenseitig Käufer und Verkäufer war. Zwar stritten anfangs, auch noch nach Einführung des Geldes, die römischen Rechtsgelehrten immer noch darüber, ob nicht der Handel, woben von keinem Theile baar Geld gegeben worden, dennoch ein Kauf zu nennen sey? Sabinus und Cassius wollten ihn für einen Kauf halten. Ihr Grund war, weil auch etwas Anderes, als Geld, in gemeinem Handel einen bestimmten Werth haben könne. Sie bezogen sich auch auf das Zeugniß des Homers. Allein man gab der Meinung des Nerva und Proculus den Vorzug, welche das Geschäft richtiger, wie Paulus *L. 1. §. 1. D. h. t.* lehrt, für einen Tausch hielten. Nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emtor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud *merx*: quod in permutatione discerni non potest, uter emtor, uter venditor sit. Er bemerkt zugleich zur Widerlegung der entgegengesetzten Meinung, daß Homer, dessen Worte er anführt, nicht vom Kauf, sondern vom Tausche rede 7). Seit Einführung des Geldes

6) S. ARISTOTELES *πολιτικῶν* Lib. I. cap. 6. und Job. Se. Büsch Abb. von dem Geldumlauf. 1. Th. 1. B. 1. Abschn. §. 7.

7) Ueberhaupt war das ganze Verufen auf Homer vergeblich, weil nach Plinius *Hist. nat.* Lib. XXXIII. cap. 3. zu Homers Zeiten zwischen Tausch und Kauf noch kein Unterschied war, Mehrere Rechtsgelehrten haben dennoch in neuern Zeiten die

des sind also Kauf und Tausch zwei ganz verschiedene Contracte, und es ist nun kein Kauf anders denkbar, als wenn eine Sache gegen einen bestimmten Geldpreis dem Andern überlassen wird. Eben dieses bestätigt auch Justinian §. 2. I. h. t. wo es heißt: Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in caeteris rebus an pretium esse posset, valde quaerebatur: veluti an homo, aut fundus, aut toga alterius rei pretium esse posset? Et Sabinus et Cassius etiam in alia re putabant pretium posse consistere: unde illud est, quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emtionem et venditionem contrahi: eamque speciem emtionis et venditionis vetustissimam esse: argumentoque utebantur graeco poeta *Homero*, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait, permutatis quibusdam rebus. — Diversae scholae auctores contra sentiebant, aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emtionem et venditionem: alioqui non posse rem expediri, permutatis rebus, quae videatur res venisse, et quae pretii nomine data esse: nam utramque videri et venisse, et pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed *Proculi* sententia, dicentis permutationem propriam esse speciem contractus, a venditione separata, merito praevaluit: cum et ipse aliis Homericis

die Meinung des Sabinus und Cassius zu vertheidigen gesucht. Ich nenne den SALMASIUS de usuris cap. 13. VINNIUS Commentar. ad §. 2. I. h. t. BRANCHU Observat. Decad. II. cap. VI. und EV. OTTO in Comm. ad §. 2. I. h. t. nr. 3. Uebrig man sehe dagegen Gottfr. MASCOVII Diatriba de Sectis Sabinianorum et Proculianorum in iure civ. Cap. IX. §. 3—5. und Abr. WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 4.

cis versibus adjuvabatur, et validioribus rationibus argumentabatur: quod et anteriores divi Principes admiserunt⁸⁾, et in nostris Digestis latius significatur. Der Kauf, *emptio et venditio*⁹⁾, oder Kaufcontract

- 8) Es wird hier unstreitig die Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian L. 7. *Cod. de rerum permutat.* gemeint.
- 9) In den ältern Gesetzen, namentlich den Gesetzen der 12. Tafeln, ward unter dem Wort *emptio* jede Art der Veräußerung begriffen, sie mochte unter den Lebenden oder auf den Todesfall geschehen seyn. So lehrt Pomponius L. 29. §. 1. *in fin. D. de Statuliberis.* Man sehe auch L. 8. §. 11. *D. Quib. mod. pign. vel hyp. solvit.* Der Grund hiervon ist, weil sich die Alten fast bey jeder Art einer Veräußerung der Feyerlichkeit der Mancipation bedienen, um ein *dominium legitimum* oder *quiritarium* zu erwerben. S. *Ev. OTTO* Commentar. ad Princ. I. h. t. Wenn aber *CUJACIUS* in *Observation*, Lib. IX. cap. 15. behauptet, daß auch sogar die *locatio et conductio* unter jenem Ausdruck begriffen worden sey, so läßt sich dieses aus dem von ihm angeführten L. 19. et 20. *D. de action. empti et venditi* nicht erweisen. Denn offenbar geht der Sinn dieser Gesetzstellen nur dahin, daß die Alten die Benennungen *emptio* und *venditio*, eben so wie die Benennungen *locatio* und *conductio*, als gleichbedeutend gebraucht, und mit einander verwechselt haben. So haben sie auch *Rad. FORNERIUS* *Rer. Quotidianar.* Lib. IV. cap. 9. (in *Thef. Otton.* Tom. II. pag. 235.) *Ios. AVERANIUS* *Interpretat. iuris* Lib. II. cap. 2. nr. 22. und *Ios. FINESTRES* in *Hermogeniano* ad L. 23. *D. Locati* §. 5. pag. 423. erklärt. Die Veränderung der Lesart in des L. 20. *D. cit.* wo *Cujas* die Worte *Idem est in id est* verwandeln will, wenn sie auch gleich von *Iam. a COSTA* in *Comm. ad §. 3. l. de locat. et cond.* gebilliget worden, ist daher offenbar unnütz, und mit Recht von *Ans. PA-*

tract ist nun also derjenige Consensualcontract, da Jemand einem Andern eine Sache für einen gewissen, in baarem Gelde bestehenden Preis, zu übergeben verspricht, so daß dieser im ungestörten Besitz derselben bleiben soll. Daß immer ein wirkliches Eigenthum der Sache von dem Verkäufer auf den Käufer übertragen werde, ist nicht wesentlich notwendig¹⁰⁾. Zwar geht das Eigenthum un-

streitig

BER in Rational. ad L. 20. D. de act. E. et Vend. Abr. WIELING in Lectio. iuris civ. Lib. I. cap. 10. pag. 36. und Westphal vom Kauf §. 8. C. 14. verworfen worden. Man sehe übrigens Andr. Flor. RIVINI Disp. de emtionis venditionis et alienationis natura ac differentia. Ultrajecti 1726. rec. Lipsiae 1733 §. 1—4.

10) Es haben dieses schon längst Jac. CUYACIUS Observat. Lib. XXIII. cap. 29. Ger. NOODT Probabil. Lib. II. cap. ult. Ios. Fern. de RETEZ Opusculor. Lib. II. Sect. I. cap. 2. nr. 2. Ios. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 12. nr. 22. Corn. van PYNCKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. VI. cap. 24. in fin. besonders Io. van NECK Diss. ad L. ult. D. de condict. causa data causa non secuta. Cap. 2. (in Ger. OELRICHS Thes. novo Dissertat. iuridicar. selectiss. in acad. Belgic. habitat. Vol. II. Tom. II. pag. 394 sqq.) und nach ihnen Io. Christ. MANN Comm. iuris civ. de obligatione auctorum intuitu evictionis imminentis. Halae 1776. 8. Cap. I. §. 6. und Smeltu und Elsäßer in den gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 2. B. Nr. I. §. 1. so gründlich ausgeführt, daß man sich billig wundern muß, wie dennoch Hellfeld mit seinem Vorgänger SCHAUMBURG in Compend. iuris Dig. h. t. §. 1. noch sagen konnte; EMTIO VENDITIO est contractus consensualis de dominio rei pro certo pretio alteri tradendo, nachdem auch schon Em. MERILLIUS Observation. Lib. III. cap. 28. die offenbare Unrichtigkeit dieses Begriffs, welcher eben so auch bey mehreren ältern Rechtsgelehrten vorkommt, so klar vor

streckt auch auf den Käufer über, wenn der Verkäufer Eigenthümer war, auch gilt der Vertrag nicht als ein Kauf, wenn verabredet worden, daß der Käufer nicht Eigenthümer werden solle²¹⁾. Allein daraus folgt noch nicht, daß eine Uebertragung des Eigenthums zum Begriff und zur wesentlichen Gültigkeit des Kaufcontractes erfordert werde. Das Gegentheil lehrt Ulpian ganz deutlich, wenn er L. 25. §. 1. D. h. t. sagt: Qui vendidit, *neceffe non habet, fundum emptoris facere*; und es ist für

Augen gestellt hatte. Noch mehr aber muß man sich wundern, wenn in der neuesten Schrift über diese Materie, *W e s t p h a l* vom Kauf §. 1. noch sagt: der Kauf ist derjenige Vertrag, da man einem Andern eine Sache eigenthümlich zu überlassen verspricht, so daß dieser dagegen einen bestimmten in baarem Gelde bestehenden Werth geloben muß; ja wenn in dem neuesten an sich trefflichen System: *Ius Romanum privatum idque purum*, scripsit *Io. Christ. Frid. MEISTER*. Vol. I *Zullichau* 1813. §. 517. gelehrt wird. *Emtio venditio est contractus nominatus, consensualis, bonae fidei, de dominio rei alicuius in alterum transferendo pro certo, quod in pecunia numerata consistit, pretio*. Weit richtiger sagen dagegen *BÖHMER* in *Introd. in ius Dig. h. t. §. 1.* *Io. Ortov. WESTENBERG* in *Princip. iur. Dig. h. t. §. 2.* und *Iul. Frid. MALBLANC* *Princip. iuris Rom. P. II. Sect. ult. §. 535.* *EMTIO VENDITIO eo contractus consensualis, quo id agitur, ut res s. merx pro certo pretio tradatur*. Hiermit stimmen auch *Iud. Thad. ZAUNER* *Introd. in Dig. iuris civ. P. III. Lib. IV. Tit. 12. §. 1.* *Ehibaut* *System des R. R. 2. B. §. 855.* *Hufeland* *Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 473.* und *GÜNTHER* *Princip. iur. Rom. priv. nov. T. II. §. 951.* überein.

21) L. 80 §. ult. D. h. t. *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat: sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus.*

für den Verkäufer schon genug, sagt Paulus ²²⁾, wenn er nur dem Käufer den Besitz der verkauften Sache einräumt, und ihn auf den Evictionsfall schadlos hält, auch sonst ohne Betrug bey dem Contract gehandelt hat. Wird die Sache nicht evincirt, so ist der Verkäufer weiter nicht verbunden. Daher gilt nicht nur ein Kauf über fremde Sachen, selbst ohne Einwilligung des Eigenthümers, unter den Contrahenten ²³⁾; sondern ich kann zuweilen sogar über meine eigene Sache einen gültigen Kauf schließen, wenn mir nämlich blos daran gelegen ist, den Besitz zu erlangen, welcher dem Verkäufer daran zusteht, um die Vortheile des Besitzes zu genießen ²⁴⁾, wovon weiter unten

12) L. 1. pr. D. de rerum permutat. Emtor, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito. Venditori sufficit, ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo itaque si evicta res non sit, nihil debet.

13) L. 28. D. h. t. Rem alienam distrahere quam posse, nulla dubitatio est: nam emtio est et venditio: sed res emtori auferri potest. Hierdurch unterscheidet sich der Kauf vom Tauschcontract. Paulus giebt selbst diesen Unterschied an, wenn er L. 1. §. 3. D. de rer. permutat. sagt: alienam rem dantem nullam contrahere permutationem. Zum Wesen des Tauschcontractes gehört also Uebertragung des Eigenthums. L. ult. D. de condict. causa data causa non secuta. L. 1. pr. D. de rer. permutat. L. 34. pr. D. de auro et arg. legato. Ueber die Meinung ist zwar Emund. MERILLIUS Observation. Lib. II. cap. 13. allein sein Dispuncto, Osius AURELIUS ad Merillium. Dispunct. XXVIII. (in Thes. Otton. Tom. III. pag. 765. sq.) hat ihn hinlänglich widerlegt. Man sehe auch van NEEC Disp. cit ad L. ult. D. de condict. causa data caus. n. sec. Cap. II. pag. 399. sq.

14) L. 34. §. 4. D. h. t.

unten §. 975. zu handeln sehr wird. Das Wesen des Kaufs, als Consensualcontract betrachtet, besteht also bloß darin, daß der Verkäufer dem Käufer eine Sache gegen einen gewissen Preis übergeben, und diesem dafür stehen soll, daß er die Sache haben und behalten dürfe. Für die Wahrheit dieses Satzes bürgen uns noch folgende ganz unbezweifelte Gesetzstellen.

L. 11. §. 2. D. de act. emti et vend. Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est, *tradere*: quae res, siquidem dominus sunt venditor, facit et emtorem dominum: si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat; si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emtor autem nummos venditoris facere cogitur.

L. 13. §. 3. D. de iurciur. Si quis iuraverit, *vendidisse* me ei rem centum, *ex emto* agere poterit, ut ei caetera praestentur, id est, *res tradatur, et de evictione cavetur.*

L. 3. pr. D. de act. emti et vend. Ratio possessionis, quae a venditore fieri debeat, talis est, *ut si quis eam possessionem iure avocaverit, tradita possessio non intelligatur.*

L. 11. §. 13. D. eodem. Idem *Neratius* ait, venditorem *in re tradenda* debere praestare emtori, *ut in lite de possessione potior sit.* Sed *Iulianus* libro XV. Digestorum probat, nec videri *traditum*, si superior in possessione emtor futurus non sit. Erit igitur *ex emto* actio, nisi hoc praestetur.

L. 30. §. 1. D. eadem. Si *sciens* alienam rem *ignoranti mihi* vendideris, etiam, *priusquam evincatur*, utiliter

liter me *ex emto* acturum putavit in id, quanti mea interfit, meam esse factam. Quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, *ut rem emtori habere liceat, non etiam, UT EIUS FACIAT*, quia tamen *dolum malum abesse* praestare debeat, teneri eum, *qui sciens alienam, non suam ignorantivendidit.*

L. 188. D. de verb. Signif. HABERE duobus modis dicitur, altero iure dominii, altero, *obtinere sine interpellatione id, quod quis EMERIT.*

Man darf hier ja nicht übersehen, daß die römischen Gesetze zwischen *tradere* und *dare* einen sehr genauen Unterschied machen. Nur durch das letztere Wort bezeichnen sie eine wirkliche Uebertragung des Eigenthums. *Dari* cuiquam id intelligitur, quod ita datur, *ut eius fiat*, sagt Justinian §. 14. I. de action. und ganz dieser Erklärung gemäß bemerkt Ulpian L. 75. §. ult. D. de Verb. Oblig. Haec stipulatio: *Fundum Tusculanum dari*, ostendit se certi esse: continetque, *ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoque modo.* Das Wort *tradere* hingegen schließt nicht nothwendig eine Uebertragung des Eigenthums in sich, sondern nur Uebertragung des Besizes. So lehrt uns Paulus L. 28. D. eodem. *Si rem tradi stipulamur, non intelligimur proprietatem eius dari stipulatori, sed tantum tradi.* Zwar hat es, wie auch in der oben angeführten L. 11. §. 2. D. de act. E. et V. ausdrücklich gesagt wird, an sich seine Richtigkeit, daß durch die Uebergabe das Eigenthum auf den Käufer übertragen wird, wenn der Verkäufer selbst Eigenthümer war; allein ein Jeder sieht auch von selbst ein, daß dieses keine Wirkung des Kaufs, sondern der Uebergabe ist, wozu der

Ver-

Verkäufer nur allein verbunden war, und welche bekanntlich das Eigenthum giebt, wenn sie von dem wahren Eigenthümer aus einer iusta causa praecedens geschieht¹⁵⁾. Noch Eins darf ich nicht mit Stillschweigen übergehen, daß die Geseze eine bloße *venditio* von der *alienatio* unterscheiden¹⁶⁾; und unter dieser im eigentlichen Sinn eine solche Handlung verstehen, wodurch das Eigenthum cum sua causa auf den Andern übertragen wird¹⁷⁾. Sie sagen es ausdrücklich, das Geschäft könne doch ein Kauf seyn, wenn auch keine Veräußerung geschehen ist¹⁸⁾. Daß durch den Kauf der Verkäufer nur zur Uebergabe der Sache, und zur Evictionsleistung verpflichtet werde, aber nicht zur Uebertragung des Eigenthums¹⁹⁾, ist der diesem Contract durch die Civilgeseze bengelegten Natur so eigen, daß sogar eine ausdrückliche Verabredung, daß das Eigenthum der Sache dem Käufer gegeben werden solle, die Gränzen des Kaufs überschreiten, und in ein anderes Geschäft übergehen würde²⁰⁾. So lehrt

15) L. 31. D. de acquir. rer. dom. §. 40 I. de rer. divis.

16) L. 67. D. de Verb. Signif. ALIENATUM non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet: VENDITUM tamen recte dicitur. Man sehe über diese Stelle die oben angeführte Diss. des Rivinus de emtionis vendit. et alienationis natura et diff. §. 2 — 4.

17) L. 67. D. h. t. L. 1. Cod. de fundo dot.

18) L. 67. D. de Verb. Signif.

19) Eben dieses giebt auch Westphal vom Kauf II. §. 72. und §. 164. selbst zu. Den Grund hiervon untersucht Ulr. HUBER in Eunomia Rom. ad L. 25. §. 1. D. h. t. §. 10. pag. 661. sq.

20) S. Thibaut Syst. des Pand. Rechts z. B. §. 845. Sehr gründlich hat dieses ausgeführt Io. van NECK in Diss. cit. Cap.

lehrt uns wenigstens Celsus *L. ult. D. de condict. causa data causa non sec.* wenn er sagt: *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares.* Utrum id contractus genus *pro portione emtionis et venditionis* est? an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum: quod ideo tibi dedi, *ut mihi Stichum dares.*

Die wesentlichen Stücke eines Kaufs sind also 1) Einwilligung der Contrahenten. *L. 1. §. ult. D. h. t.* Est autem *emtio iuris gentium*, et ideo *consensu peragitur.* 2) Eine Sache, welche vermöge dieses Contracts dem Käufer übergeben werden soll. *L. 8. pr. D. h. t.* Nec *emtio nec venditio sine re, quae veniat*, potest intelligi. Man pflegt diesen Gegenstand gewöhnlich durch das Wort *merx* oder *Waare* zu bezeichnen. Allein dieser Ausdruck erschöpft den Gegenstand nicht. *Mercis* enim appellatio, sagt Ulpian *L. 66. D. de verb. Signif.* ad *res mobiles tantum pertinet.* Es können aber auch sowohl unbewegliche, als unkörperliche Sachen ein Gegenstand dieses Contracts seyn ²¹). 3) Ein bestimmter

Cap. II. pag. 396. sp. Anderer Meinung ist jedoch Hufelaud im Lehrbuch des Eivilrechts. §. 473. not. b. S. 490.

21) Diesem sind *L. 1. pr. D. h. t.* und *L. 1. pr. D. de rer. permutat.* nicht entgegen. Denn hier wollte Paulus nur den Unterschied zwischen Kauf und Tausch erklären; und dazu schienen ihm die Ausdrücke *merx* und *pretium* die schicklichsten zu seyn. S. RIVINUS *Diss. cit. de emtionis venditionis et alienationis natura ac differ.* §. 6.

ter oder bestimmbarer Preis ²²⁾ §. 1. *I. h. t.* Nam nulla emtio sine pretio esse potest. Sed et certum esse pretium debet. Sind diese drey wesentlichen Stücke vorhanden, so ist der Kauf vollkommen, oder geschlossen, emtio est perfecta. Emtio et venditio contrahitur, sagt Justinian *Pr. I. h. t.* simul atque de pretio convenerit; quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit. Von dieser Vollkommenheit des Contracts hängt die verbindende Kraft desselben unter den Partheyen ab, so daß nun kein Theil, ohne Zustimmung des andern, wenn gleich es auch der Fiscus selbst wäre, wieder abzutreten befugt ist, gesetzt auch, daß der Zurücktretende das gegebene Angeld (arrha) ²³⁾ zurücklassen, oder das erhaltene doppelt zurückgeben wollte.

L. 3. Cod. de rest. vendit. De contractu venditionis et emtionis iure perfecto, alterutro invito, nullo recedi tempore bona fides patitur: nec ex rescripto nostro. Quo iure fiscum nostrum uti, saepe constitutum est.

L. 6. Cod. eodem. Non est probabilis causa, propter quam rescindi consensu factam venditionem desideras. Quamvis enim duplum offeras pretium emtori, tamen invitus ad rescindendam venditionem urgeri non debet.

Diese rechtliche Wirkung des Kaufs tritt ein, wenn auch die Einwilligung noch von der Existenz einer suspensiven

22) *L. 7. §. 1. et. 2. L. 37. D. h. t.* S. *Exibaut System des D. R.* 2. B. §. 855.

23) Von der arrha wird §. 982. mit mehrerem gehandelt.

siven Bedingung ²⁴⁾, oder die individuelle Bestimmung des Objects noch von einer Zuzählung oder Zumessung abhengen sollte ²⁵⁾. Ein Anders ist es, wenn die Sache vor der Uebergabe ganz zu Grunde geht, und nun die Frage ist, wer die Gefahr trägt. Hier muß freylich der Kauf unbedingt geschlossen, und auf eine solche Art zu Stande gekommen seyn, daß nicht nur der Preis, sondern auch der Gegenstand des Contracts selbst in Ansehung des zu übergebenden Individuums vollkommen bestimmt ist ²⁶⁾. Man unterscheidet also ja die Perfection des Kaufs, welche die Wirkung der Uebertragung der Gefahr und mit derselben auch alles Nutzens der verkauften Sache auf den Käufer hat, von derjenigen Vollkommenheit des Contracts, von welcher blos die verbindende Kraft desselben abhängt ²⁷⁾. Nur von der letztern ist hier die Rede, von der erstern wird Lib. XVIII. Tit. 6. ausführlicher gehandelt. Von der Perfection des Kaufs muß aber auf jeden Fall die Erfüllung desselben unterschieden werden ²⁸⁾, von welcher weiter unten §. 988. die Rede seyn wird.

§. 973:

24) L. 6. §. 2. D. h. t. L. 5. Cod. de obligat. et action. C. BRÜSSEL de conditionibus Lib II. Tit. 1. nr. I.

25) L. 35. §. 5. D. h. t. C. Io. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 24.

26) L. 8. pr. D. de periculo et commodo rei venditae. C. WEBER zu Höpfners Commentar über die Institutionen. §. 872. Not. 1. S. 928.

27) Westphal vom Kauf §. 568. hat auch diesen Unterschied sehr genau angegeben.

28) In den Gesetzen wird jedoch der Ausdruck *venditio perfecta* zuweilen auch für *impleta* genommen. L. 5. Cod. de resc. vendit. C. Westphal vom Kauf §. 774. q. C.

§. 973.

I. Einwilligung der Contrahenten. Betrug. Irrthum. Zwang.
In wiefern vernichten sie den Kauf?

Das erste wesentliche Erforderniß des Kaufcontractes ist also die Einwilligung der Contrahenten. Wo diese sich nicht rechtlich annehmen läßt, da ist der Kauf nichtig ²⁹⁾. Betrug, Irrthum und Zwang, insofern sie einen Vertrag überhaupt ungültig machen, stehen daher auch der Gültigkeit des Kaufs entgegen. Es muß nur I. der Betrug ein Hauptbetrug (*dolus causam dans*) seyn ³⁰⁾. Ein bloßer Nebenbetrug (*dolus incidens*), wodurch nicht der Handel selbst veranlaßt worden ist, macht den Contract nicht ungültig, sondern begründet nur ein Recht, Entschädigung zu fordern ³¹⁾. Ueberhaupt finden hier die in der Lehre von Verträgen ³²⁾ vorgetragenen Grundsätze ihre vollkommene Anwendung. Eben so ist II. ein Kaufhandel nichtig, bey welchem ein wesentlicher Irrthum zum Grunde liegt. Dahin gehört 1) wenn der Irrthum den Gegenstand des Kaufs betrifft, und bey der Theile entweder einen andern Gegenstand gemeint haben ³³⁾, oder sich in Absicht auf die Existenz der Sache ³⁴⁾, oder in Ansehung einer Eigenschaft derselben, welche sie als wesentlich voraussetzen, z. B. in der Materie der Sache

29) L. 9. pr. D. h. t.

30) L. 7. pr. D. de dolo malo. L. 3. C. de rescind. vendit.

31) L. 32. L. 49. pr. D. de act. E. et V.

32) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 296.

33) L. 9. pr. D. h. t.

34) L. 67. pr. D. h. t.

che geirrt haben³⁵⁾. 2) Betrifft der Irrthum den Preis der Sache, so ist der Handel nur dann für nichtig zu erklären, wenn der Verkäufer einen höhern Preis gemeint hat, als der Käufer ihm bot. Denn so wenig man den Käufer zwingen kann, die Sache theurer zu kaufen, als er wollte, eben so wenig kann auch der Verkäufer gezwungen werden, sie wohlfeiler zu verkaufen, als es seine Absicht war³⁶⁾. Hätte hingegen der Verkäufer geglaubt, der Käufer biete ihm weniger, als er wirklich thut, und er hätte ihm für den angenommenen Preis die Sache überlassen, so ist der Handel an sich nicht ungültig, sondern der Käufer braucht hier nur dem Verkäufer nicht mehr zu bezahlen, als dieser gemeint hat³⁷⁾. Dieß lehrt schon die Vernunft. Denn warum sollte hier der Handel nichtig seyn, da der Verkäufer erhält, was er verlangte, und der Käufer, der die grössere Summe bewilligte, auch gewiß in die kleinere eingewilliget hat? Eben dieses bringt

35) L. 9. §. 2. D. h. t. S. Ulp. HUBER Eunom. Rom. ad L. 14. D. h. t. pag. 653. sqq. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. und den 4. Th. dieses Commentars §. 297.

36) Wenn L. 9. pr. D. h. t. sagt, Si dissentient in pretio, emtia imperfecta est, so ist dieses aus L. 52. D. Locati näher zu bestimmen, wo Pomponius sagt: Si dicem tibi locem fundum, tu autem existimes, quinque te conducere, nihil agitur. Daß diese Stelle hier anwendbar sey, leidet keinen Zweifel. Locatio enim et conductio, sagt Justinian Pr. I. de locat et cond. proxima est emtioni et venditioni, iisdemque iuris regulis consistit. S. Ant. Fried. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. B. 4. Abth. Nr. I. S. 112.

37) L. cit. 52. D. Loc. Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi. S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5.

bringt auch die Rechtsanalogie mit sich. Denn es ist ein ausgemachter Grundsatz, daß wenn der Acceptant weniger acceptirt, als ihm offerirt ist, der Vertrag in so weit, als beyde consentirt haben, gültig ist ³⁸⁾ 3) Der Kauf ist nichtig, wenn beyde Theile nicht in der Absicht, einen Kaufhandel abzuschließen, übereinstimmten. *Si in ipsa emptione dissentient, emptio imperfecta est* ³⁹⁾. 4) Ist ein Irrthum in den Beweggründen begangen, so vernichtet er nur dann den Contract, a) wenn der Beweggrund zugleich die Bedingung war, unter welcher der Käufer hauptsächlich den Handel schloß; und es kommt dann auch nichts darauf an, der Verkäufer mag gewußt haben, daß das Bedingene, was den Käufer zur Schließung des Handels bewog, existire, oder nicht ⁴⁰⁾. b) Wenn der Verkäufer in dem Glauben war, er sey zum Verkauf der Sache rechtlich verpflichtet gewesen ⁴¹⁾. Sonst gilt die Regel, daß ein Irrthum in den Beweggründen einen abgeschlossenen Handel nicht vernichte, man mag ein Interesse bey der Ungültigkeit haben, oder nicht ⁴²⁾. 5) Auch ein Irrthum in der Person ⁴³⁾ hat auf die Gültigkeit

38) L. 1. §. 4. D. de Verb. obligat. C. Ehibaut a. a. D. C. 113.

39) L. 9. pr. D. h. t.

40) L. 58. D. h. t.

41) L. 5. §. 1. D. eodem.

42) L. 65. §. 2. D. de condict. indeb. L. 34. pr. D. h. t. L. 49. D. Mandati. C. Ehibaut angef. Versuche 2. B. 4. Abh. Nr. II. C. 114. ff. und Hufeland Lehrbuch des Eivilrechts 1. Band §. 429.

43) C. Gottl. Ger. TITIVS Observat. ratiocin. in Compend. iur. Lauterbach. Obl. 513. und Ehibaut a. a. D. Nr. III. C. 121. ff.

stelt des Kaufs so wenig Einfluß, als ein Irrthum in dem Namen des Objecte. Denn er schließt die Einwilligung in den Gegenstand selbst nicht aus⁴⁴⁾. Eben dieses gilt 6) wenn sich die Partheien bloß in der Güte, aber nicht in der Art der Materie, oder bloß in Ansehung der Quantität des Objecte geirrt haben⁴⁵⁾. Es lassen sich jedoch hier folgende Fälle denken.

A. Der Verkäufer hat gegen den erhaltenen Preis aus Irrthum mehr weggegeben, als er sollte. Hier kann er das Zuvielgegebene mit der *condictio indebiti* zurückfordern, sofern der Käufer das Zuvielerhaltene nicht als Theil eines Ganzen mitgekauft hatte, und eine theilweise Zurückgabe möglich ist. Dies ist der Fall, wenn bey einem Geratdehandel aus Versehen ein größeres Maas zum Ausmessen genommen ward, als nach welchem der Handel abgeschlossen worden⁴⁶⁾. Hat hingegen der Käufer das Ganze gekauft, und dieses mehrere Quantitäten enthält, als die Contrahenten glaubten, oder ist eine theilweise Zurückgabe nicht möglich, so muß der Käufer für das Zuvielerhaltene noch so viel nachzahlen, als der Preis dafür beträgt⁴⁷⁾. Z. B. A kauft vom B einen Acker, beyde setzen voraus, er enthalte nur 18 Morgen, und bestimmen darnach den Preis. Es findet sich aber

B 2

nach

44) L. 9. §. 1. D. h. t. L. 43. pr. D. de acquir. vel amitt. possessione.

45) L. 10. D. h. t. L. 2. pr. L. 4. §. 1. D. de act. E. et Vend. S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. et 7.

46) L. 18. §. 3. de dolo malo. L. 32. D. de act. emti venditi.

47) L. 40. §. 2. D. h. t.

nachher bey der Ausmessung, daß er 20 Morgen enthält. Hier muß der Käufer, sagt Paulus ⁴⁸⁾, für 20 Morgen den Preis bezahlen. Oder A verkauft dem B eine Quantität Wein, beyde setzen ausdrücklich voraus, er sey von einer schlechtern Art, als er wirklich ist. Hier findet keine theilweise Zurückforderung Statt, sondern der Preis muß verhältnißmäßig erhöht werden ⁴⁹⁾.

B. Der Käufer hat von der erhandelten Sache gegen den bezahlten Preis zu wenig an Maas oder Güte erhalten. Hier zahlt er entweder soviel weniger, als der Abgang an der Waare beträgt ⁵⁰⁾, oder er kann durch die Contractsklage das Zubielbezahlte zurückfordern, oder auch, wenn er wegen der aus Versehen zum Ausmessen genommenen leichtern Gewichte zu wenig Waare erhielt, auf Nachschuß des Abgangs klagen ⁵¹⁾.

Ist der Irrthum nur einseitig, das heißt, wenn nur einer von beyden Contrahenten irrt, der andere aber den Irrthum desselben kennt; so kommt es darauf an, welcher

48) Cit. L. 20. §. 2. h. t. Qui agrum vendebat, dixit, fundi iugera decem et octo esse, et quod eius admensum erit, ad singula iugera certum pretium stipulatus erat. Viginti inventa sunt. Pro viginti debere pecuniam respondit.

49) S. Thibaut angef. Versuche a. a. O. Nr. IV. S. 129. ff.

50) L. 69. §. 6. D. de evict. L. 87. pr. D. h. t.

51) L. 4. §. 1. L. 32. L. 42. in fin. D. de act. E. V. S. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 933. pag. 625.

cher von beyden Theilen sich in dem Irrthume befindet ⁵²⁾. Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden.

1) Nur der Verkäufer irrt, der Käufer nicht. Dieser kennt die wahre Beschaffenheit der Sache, und weiß es, daß der Verkäufer sich irrt. Hier kann des Käufers Wissenschaft nicht schlechterdings für einen Dolus gehalten werden; sondern es kommt hier auf folgenden Unterschied an.

a) Dem Käufer war bekannt, daß die Sache entweder gar nicht, oder nicht im Wesentlichen, oder nicht so gut, als sie seyn sollte, existire, der Verkäufer hingegen denkt, daß sie es sey. Hier ist der Contract an sich nicht ungültig. Der Käufer ist verbunden, dem Contract gemäß, den versprochenen Kaufpreis zu bezahlen, und kann solchen, wenn er bezahlt ist, nicht zurückfordern, Paulus sagt ganz entscheidend L. 57. §. 2. D. h. t. *Ubi emtor quidem sciebat, (sc. domum esse exustam) venditor autem ignorabat; et hic oportet et venditionem stare, et omne pretium ab emtore venditori, si non depensum est, solvi: vel si solutum sit, non repeti.* Anton Faber ⁵³⁾ und Gerhard Voode ⁵⁴⁾ wollen jedoch diese Stelle für interpolirt halten. Daß der Käufer, welcher wissentlich eine Sache kaufte, die nicht existirt, das Kaufgeld, was er dem unwissenden Verkäufer dafür bereits

52) Die von mir in der Lehre von Verträgen Th. IV. S. 298. u. 299. vorgetragene Grundsätze sind hier nach Thibaut a. a. D. Nr. V. S. 136. ff. berichtiget.

53) Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. cap. 17. pag. 398. et Rational. in Pand. ad h. L.

54) De forma emendandi doli mali cap. 21.

bereits bezahlt hat, nicht zurückfordern könne, lasse sich allenfalls rechtfertigen. Denn man kann hier sagen, der Käufer habe wissentlich eine Nichtschuld bezahlt⁵⁵⁾. Er kann sich wenigstens hier über keinen Dolus des Verkäufers beklagen, sondern er hat durch seine Wissenschaft nur sich allein geschadet⁵⁶⁾. Aber das sey mit der Rechtsanalogie durchaus nicht zu vereinigen, daß der Käufer, bloß um seiner Wissenschaft willen, schuldig seyn solle, das ganze Kaufgeld zu bezahlen. Am wenigsten könne dieses der große Paulus behauptet haben, welcher an einem andern Ort, wegen der Wissenschaft des Käufers, zwar den unwissenden Verkäufer von seiner Verbindlichkeit freyspricht, aber ihm die Klage auf die Bezahlung des Kaufgeldes ausdrücklich versagt. *Si emptor solus scit, sagt er L. 34. §. 3. D. h. t. non obligabitur venditor: nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro, quod convenerit, praestet.* Man müsse also nicht anders glauben, als daß ein der Rechte ganz unkundiger Mensch jene Worte der *L. 57. D. h. t.* eingeschaltet habe. Andere⁵⁷⁾ gehen zwar so weit nicht; sie glauben aber doch, der Käufer könne sich, wenn die Sache gar nicht, oder nicht im Wesentlichen existirt, gegen die Klage des Verkäufers durch die *exceptio non adimpleti contractus* schützen. Ja es lasse sich nicht einmal nach
den

55) *L. 53. D. de div. reg. iuris.*

56) *L. 1, in fin. D. de act. empti vend.*

57) Westh als Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf S. 56. S. 58. Ehibaut Versuch e. n. D. Nr. V. S. 137. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 933. pag. 686.

den Regeln der Billigkeit rechtfertigen, daß der Käufer den schon bezahlten Kaufpreis ganz verlieren solle. Denn man müsse billig annehmen, der Käufer habe gedacht, der Verkäufer müsse den abgegangenen Theil wieder herstellen, und ihm solchergestalt die Sache vollständig liefern, wenn er dafür den ganzen Werth erhalte. Geschieht nun solches nicht, so müsse wenigstens der Richter den Preis nach der jetzigen Beschaffenheit derselben mindern. So sey also Paulus, durch Milderung des strengen Rechts nach der Billigkeit, mit sich selbst zu vereinigen. Allein so wenig sich mit Faber und Woodt eine Interpolation des Textes in der *L. 57. D. h. t.* annehmen läßt, wie auch schon Justus Meier⁵⁸⁾ bemerkt hat; eben so wenig, ja fast noch weniger verdient die Ansicht der andern Rechtsgelehrten Beyfall, da sie den deutlichen Worten des Gesetzes widerspricht, und die *L. 34. §. 3. D. h. t.* von einem ganz andern Falle redet. Es ist doch wohl gewiß ein großer Unterschied, ob die gekaufte Sache gar nicht mehr existirt, oder zwar existirt, aber eine gestohlene Sache ist. Denn ist das Erstere, so kann wohl schwerlich der Käufer dem Verkäufer die *exceptio non adimpleti contractus* entgegensetzen, wenn er selbst schon zur Zeit des geschlossenen Contracts wußte, daß der Verkäufer seine Verbindlichkeit nicht erfüllen könne. Unmöglichkeit hebt ja die Verpflichtung zur Erfüllung auf⁵⁹⁾. Man muß also hier annehmen, der Käufer habe dem Verkäufer seine Verbindlichkeit erlassen, und sich blos mit der noch vorhandenen Brandstätte, (*area*) als welche bekannt-

ter.

58) *Ενδοξών* Justinian. Decad. VI. cap. 7. §. 6.

59) *L. 185. D. de div. reg. juris.*

termaken für einen Theil des Hauses gehalten wird⁶⁰⁾, begnügen, oder auch nur diese kaufen wollen, um das Haus auf den ihm vielleicht gerade nach seiner Absicht vorzüglich bequemen Platz wieder aufzubauen⁶¹⁾. Ganz anders verhält es sich hingegen in dem Falle, da eine gestohlene Sache verkauft worden, und nur dem Käufer dieser Umstand allein bekannt war. Hier ist keine Unmöglichkeit vorhanden, die Sache dem Käufer zu tradiren. Es würde also gegen die bona fides streiten, wenn der Verkäufer auf die Bezahlung des Kaufgeldes klagen wollte, ohne die Sache dem Käufer übergeben zu haben⁶²⁾. Paulus giebt dieses auch selbst in den Worten der oben angeführten L. 34. §. 3. D. h. t. nicht undeutlich zu erkennen, wenn er sagt: *Nec tamen ex vendito quidquam consequetur, nisi ultro, quod convenerit, praestet, d. i.* wie diese letztern Worte Porhier⁶³⁾ ganz richtig erklärt, *nisi praestet rem venditam.*

b) Dem Käufer ist bekannt, daß die Sache weit besser, oder eine ganz andere sey, als der Verkäufer dachte. Hier ist zwar der Käufer in dolo, jedoch ist das Geschäft
des-

60) L. 98. §. ult. D. de solur. — Pars enim insulae area est.

61) C. Iust. MEIER *Ευδοξών* Iustin. Decad. VI. cap. 7. §. 4. und in Colleg. iur. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 71. G. FRANTZKIUS Comm. in Pand. h. t. nr. 109. Io. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 21. Iul. Frid. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. ult. §. 536. in fin. und Gottl. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. I. B. §. 428. not. a. S. 166.

62) L. 11. §. 18. D. de act. E. V. Ant. FABER Rational, in Pand. ad L. 34. §. 3. D. h. t.

63) Pand. Iust. Tom. I. h. t. Nr. XVI. not. c. pag. 490.

deswegen nicht schlechterdings ungültig, sondern es kommt darauf an, ob der Irrthum des Verkäufers von der Art ist, daß er für einen wesentlichen gehalten werden muß oder nicht. In dem ersten Falle ist der Contract schon des Irrthums wegen nichtig, und braucht nicht erst des Betrugs wegen angefochten zu werden ⁶⁴⁾. In dem letztern Falle aber hat der Verkäufer die Wahl, ob er auf Nachzahlung klagen, oder die Sache zurückfordern, oder wegen des Dolus des Käufers den Contract anfechten, oder auch sonst, den Umständen nach, auf Entschädigung klagen wolle ⁶⁵⁾.

2) Nicht der Verkäufer ist im Irrthum, sondern der Käufer. Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden.

a) Der Verkäufer weiß, daß er dem Käufer eine der Qualität nach bessere Sache, als dieser denkt, verkauft habe. Hier ist der Contract gültig, und der Käufer kann für sein Geld die Sache fordern, weil sich hier an der Einwilligung des Käufers wohl nicht zweifeln läßt ⁶⁶⁾. Wenn hingegen der Verkäufer dem Käufer eine ganz andere, wiewohl bessere Sache, verkauft hätte, als der Käufer dachte, so wäre der Contract ungültig, weil sich hier wegen der Verschiedenheit des Objects keine Einwilligung annehmen läßt ⁶⁷⁾.

b) Der

64) *S. de cocceji ius civ. controu. Lib. IV. Tit. 3. Qu. 2. princ.*

65) *S. Ehibaut Versuche a. D. S. 137. f. und CÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 933. pag. 626.*

66) *Ehibaut a. a. D. S. 139.*

67) *L. 83. §. 1. D. de V. Obl.*

b) Der Verkäufer weiß, daß er dem Käufer eine Sache verkauft habe, die nicht mehr existirt, oder der Qualität nach schlechter ist, als dieser dachte. Ist hier der Irrthum des Käufers ein wesentlicher, so ist das Geschäft nichtig ⁶⁸⁾. Jedoch kann der Käufer mit der *actio doli* auf Leistung des Interesse klagen ⁶⁹⁾. Ist hingegen der Irrthum nicht wesentlich, so kann der Käufer zwar den Kauf selbst nicht anfechten, aber doch auf Schadensersatz klagen ⁷⁰⁾. Es wird jedoch überall vorausgesetzt, daß der Irrthum, in welchem sich der eine oder der andere Theil befindet, nicht durch eine grobe Nachlässigkeit verschuldet sey ⁷¹⁾.

III. Auch Niemand kann in der Regel zum Kauf oder Verkauf gezwungen werden ⁷²⁾. Ein erzwungener Kauf ist, wie jeder andere auf solche Art veranlaßte Vertrag, unigiltig ⁷³⁾. Es finden jedoch Ausnahmen von die-

68) L. 57. §. 1. D. h. t. *Sin autem venditor quidem sciebat, domum esse exultam, emptor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exulta sit.*

69) L. 62. §. 1. D. h. t.

70) L. 57. §. 1. D. h. t. *Si vero quantacunque pars aedificii remaneat, et stare venditionem, et venditorem emptori, quod interest, restituere.*

71) L. 15. §. 1. D. de contrah. emt. L. 6. D. de iuris et facti ignor. L. 9. §. 2. D. eodem. L. 15. Cod. de resc. vendit.

72) L. 9. D. de act. rer. amotar. L. 11. et L. 13. et 14. Cod. h. t. L. 16. Cod. de iure delib. L. 9. Cod. de Iudicis. L. 71. D. h. t.

73) L. 1. Cod. de rescind. vendit. L. ult. Cod. de his, quae vi metusve causa.

ser Regel Statt ⁷⁴⁾. 1) Zuweilen kann Privatwillführ, eine Nothwendigkeit zum Kauf oder Verkauf begründen. Dahin gehört a) wenn Jemand durch Vertrag eine gewisse Sache zu kaufen oder an einen Andern zu verkaufen sich verbindlich gemacht hat. (Factum de emendo vel vendendo). Ein solcher Vertrag ist gültig, er muß aber von dem Kauf selbst wohl unterschieden werden ⁷⁵⁾. b) Wenn der Erblasser dem Erben anbefohlen hat, einen Dritten etwas aus seinem Nachlaß zu verkaufen, oder einem Dritten eine gewisse Sache, welche dieser gern los seyn wollte, abzukaufen ⁷⁶⁾. 2) Zuweilen können Gründe des gemeinen Wohls einen Zwang rechtfertigen. So können Unterthanen zur Zeit einer entstandenen Theuerung, und Hungersnoth von der Obrigkeit gezwungen werden, ihren Getraidevorrath, soweit er ihnen entbehrlich ist, um einen billigen Preis zu verkaufen ⁷⁷⁾. Eben so können Unter-

74) *S. Contr. Willh.* STRECKER *Diss. de venditione necessaria.*

Erford. 1729. *Sam. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Q. 3.*

75) *L. 75. D. h. t. L. 21. §. 5. D. de act. E. V. L. 122.*

§. 3. D. de Verb. Obligat. L. 2. C. de pact. int. emtor. et

vend. S. Ios. FINESTRES Hermogenianus pag. 449. sqq. Io.

Jac. de LIER Diss. pactum praeparatorium actionem producens

et non producens. Altorsii 1716. §. 10. Aug. Gottl. PETER-

MANN Diss. de valore pactorum, quibus praeparantur contra-

ctus. Lipsiae 1730. §. 23. et §. 27. GÜNTNER Princip. iur. Rom.

T. II. §. 957. nr. I. und Höpfner im Commentar über

die Heinecc. Institutionen. §. 859.

76) *L. 49. §. 8. et 9. L. 66. D. de legat. 1.*

77) *L. 2. Cod. Ut nemini licet in emtione specier. se excusare*

ZIEGLER de iure Majest. Lib. I. cap. 46. MYNSINGER Cent. V.

Obs. 27. und Höpfner im Commentar §. 865.

Untertanen vom Staat genöthiget werden, leere Plätze, oder auch Feldgüter, wenn es die Nothwendigkeit erfordert, zur Anlegung einer Chaussée, oder eines Gottesackers zu verkaufen ⁷⁸⁾. 3) Zuweilen können noch andere Gründe eintreten, daß Jemand zum Verkauf vermöge besonderer gesetzlicher Verordnungen genöthiget werden kann. Dahin gehörte bey den Römern der Fall, wenn eine Herr seinen Sklaven gemißhandelt hatte. Ein solcher Herr konnte nach einer Verordnung des Kaisers Antoninus Pius genöthiget werden, den Sklaven unter guten Bedingungen zu verkaufen ⁷⁹⁾. Eben so kann nach einer Verordnung der Kaiser Sever und Antonin der Eigenthümer gezwungen werden, einem Andern einen Weg über sein Grundstück zu verkaufen, um zu seiner Grabstätte gelangen zu können ⁸⁰⁾. Nicht minder kann ein Pfandgläubiger von dem Bürgen des Hauptschuldners, der gegen Befriedigung eines ältern Pfandgläubigers das Pfand an sich gebracht hat, mit Recht verlangen, daß er ihm gegen Erstattung dessen, was er dafür bezahlt hat, das Pfand verkaufe ⁸¹⁾. Ich übergehe andere noch in den Gesetzen hin und wieder vorkommende Fälle ⁸²⁾.

§. 974.

78) *L. 14. §. 1. D. Quemadm. servit. amitt. G. Lud. BÖHMER Princip. iuris canon. §. 603.*

79) *§. 2. I. de his, qui sui vel alieni iuris sunt. L. 2. D. eod.*

80) *L. 12. pr. D. de religios. C. den 9. Th. dieses Commentars §. 628.*

81) *L. 2. D. de distr. pignor.*

82) *L. 7. pr. D. de relig. §. ult. I. de donat. L. 30. D. de lib. causa. L. 13. §. 17. D. de act. E. V. L. 17. D. de fideiussor. C. Jac. CUJACIUS Observat. Lib. XXVII. cap. 9.*

§. 974.

Form des Kaufcontractes.

Zur gültigen Schließung eines Kaufs ist schon die bloße Erklärung der Einwilligung hinreichend. Diese Einwilligung kann auch nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend dadurch erklärt werden, wenn Jemand ohne Widerspruch geschehen läßt, daß ein Anderer in seiner Gegenwart eine ihm zugehörige Sache verkauft, und dann das Kaufgeld annimmt⁸³⁾. Es wird auch nicht einmal die persönliche Gegenwart der Contrahenten erfordert, sondern es kann auch durch Briefe und Boten der Contract so gut abgeschlossen werden, als wenn die Partheyen gegenwärtig wären⁸⁴⁾. Eben so wenig wird ein schriftlicher Aufsaß erfordert⁸⁵⁾, wosern nicht die Partheyen gleich Anfangs mit einander übereingekommen sind, den Contract schriftlich zu schließen⁸⁶⁾. In diesem Falle ist der

Con-

VOET Comm. h. t. §. 3. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. III. §. 1897.

83) L. 12. *D. de evict.* — Si coheredes praesentes adfuerunt, nec dissenserunt, videri unumquemque partem suam vendidisse.

84) L. 9. *Cod. Si quis alteri vel sibi.* S. Westphal vom Kauf. §. 12.

85) L. 2. §. 1. *D. h. t. §. 1. I. de obligat. ex consensu.*

86) S. de COCCEJI ius civ. contrav. h. t. Qu. 1. und Klein's merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Juristen, Facultät. 3. Th. Nr. XI. S. 181. Ein solcher Kauf wird *emtio in scriptis celebrata* genant. Es wird zwar dazu nicht immer ein ausdrücklicher Vertrag erfordert, daß die Partheyen nicht eher, als nach schriftlich vollzogenem Contract, verpflichtet seyn wollen. S. EMMINGHAUS ad Coccejum c. l. not. †. et not. o. jedoch

Contract nicht eher verbindlich, als wenn er niedergeschrieben, und von den Partheyen unterschrieben worden ist. Es kann jedoch auch ein Notarius den Aufsaß ausfertigen, und den Partheyen einhändigen. So lange es dann an einer solchen schriftlichen Ausfertigung fehlt, findet zwar noch Neue Statt, ist indessen ein Angeld gegeben worden, so verliert der Geber dasselbe, wenn er nachher von dem Vertrage abgeht⁸⁷⁾. Jedoch ist auch ein Angeld,

jedoch ist im Zweifel eher zu vermuthen, daß der Contract bloß des Beweises wegen zu Papier gebracht worden sey, als daß die Partheyen gerade schriftlich haben contrahiren wollen. *L. 4. D. de fide instrum.* Die Praxis erfordert indessen eine ausdrückliche Verabredung. S. LEYSER *Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXII. medit. 1. et 2.* und a PUFENDORF *Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 52.* Von der darüber zwischen Wilhelm Leyser und Samuel Strypf entstandenen Controvers siehe *Car. Frid. WALCH* *Introduc. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. I. §. 2.*

87) *Pr. I. h. t.* In iis autem (emtionibus et venditionibus) quae scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem constituimus, nisi et instrumenta emtionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta; et si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint, et fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, et poenitentiae locus est, et potest emtor vel venditor sine poena recedere ab emtione et venditione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, nisi iam arrharum nomine aliquid fuerit datum. Es liegt hierbey die Verordnung der *L. 17. Cod. de fide instrumentor.* zum Grunde. Daß schon vor Justinian die Verabredung, den Kauf schriftlich zu schließen, nicht ungewöhnlich gewesen sey, erhellet aus *L. 2. §. 1. D. h. t.* Viele wollen
 zwar

geld, (arrha) zur Gültigkeit des Contracts nicht erforderlich. Zuweilen werden aber doch gewisse Specialitäten beim Verkauf erfordert. Dies ist z. B. der Fall beim Verkauf der Mündelgüter, der Kirchengüter, der Stadtgüter, auch der verpfändeten Sachen, wovon Zimmell⁸⁸⁾ ausführlich gehandelt hat. Wird eine Sache öffentlich ausbezogen und dem Meistbietenden überlassen, so wird ein solcher Kauf ein öffentlicher genannt, und dieser heißt Subhastation, wenn unbewegliche Auktion aber, wenn bewegliche Sachen auf diese Art verkauft werden⁸⁹⁾.

§. 975.

II. Sachen, welche verkauft werden können, und welche kein Gegenstand des Kaufs sind.

Das zweite wesentliche Erforderniß des Kaufs betrifft den Gegenstand. Hier gilt der Grundsatz. Alle und jede Sachen, welche auf einen andern übertragen werden können⁹⁰⁾, sie mögen körperliche oder unkörperliche,

zwar die Worte *sine scriptis* für ein Emblem halten. Man sehe. *Utr. HUBER Eunom. Rom. ad L. 2. h. t. und Io. Jac. WISSENBACHII Emblemata Tribonianii ad h. L. Allein ohne hinlänglichen Grund, wie Io. D'AVEZAN Libro Contractuum alt. Tr. I. (in Thes. Meerm. T. IV. pag. 82.) und Io. WYBO de Triboniano ab emblematis. Wissenbachii liberato. Cap. III. §. 9. gezeiget haben.*

88) Diff. de solemnibus venditionum. Lipsiae 1737.

89) C. Joh. Ge. Effors Anfangsgründe des gemeinen und Reichs, Prozesses 1. Th. §. 1328. ff. und §. 1881. ff. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1900.

90) L. 34. §. 1. D. h. t. Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit. Quas vero natura, vel gentium ius, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.

che ⁹¹⁾ bewegliche oder unbewegliche, gegenwärtige oder zukünftige ⁹²⁾ seyn, können zum Gegenstand dieses Contracts gemacht werden. Es kann auch ein der Existenz nach ungewisser, oder der Quantität nach unbestimmter künftiger Gewinn den Gegenstand des Contracts ausmachen, welches man eine *emptio spei* im allgemeinen Sinn nennt. Hier lassen sich zwey Fälle gedenken. Es wird entweder 1) auf eine solche Art contrahirt, daß das Kaufgeld auf jeden Fall gegeben werden soll, der erwartete Gegenstand möge zur Wirklichkeit kommen, oder nicht. Dies heißt *emptio spei simplicis*. Oder 2) der Contract wird auf eine solche Art geschlossen, daß das bedungene Kaufgeld nur dann gegeben werden soll, wenn der erwartete Gegenstand wenigstens zum Theil zur Wirklichkeit kommt. Hier wird der Contract *emptio rei speratae* genannt. Ein Kauf der ersten Art wird im Zweifel bey solchen Objecten angenommen, deren Gewinn von einem ungewissen Glückszufall abhängt. Z. B. wenn man ein Lotterielos, oder einen Fischzug, oder einen Vogelfang kauft. Hier ist und bleibt der Kauf gültig, die Hoffnung falle aus, wie sie wolle. Ein Kauf der letztern Art aber wird im Zweifel bey solchen Sachen angenommen, deren Wirklichwerden sich nach dem gewöhnlichen Lauf der Natur erwarten läßt, wie z. B. bey

91) Z. B. ausstehende Forderungen, Erbschaften, Servituten. C. Tit. 4. de hereditate vel act. vendita, und L. 8. §. 2. D.

de peric. et comm. rei vendit. L. 11. §. 2. L. 12. D. de pignor.

92) Es ist daher unstreitig ein Kauf, wenn ich bey einem Handwerker für ein bestimmtes Geld eine Arbeit bestelle, so daß er das Werk ohne meine Zuthat bloß auf seine Kosten machen soll. §. 4. I. de locat. L. 20. L. 65. D. h. t. L. 2. §. 1. D. Locati. C. Weisthal vom Kauf §. 7.

bey dem Kaufe künftiger Früchte. Hier ist der Kauf bedingt, er gilt also nicht, wenn ohne verantwortliche Schuld des Verkäufers Nichts gewachsen ist. Die hierher gehörigen Stellen *L. 3. pr. et §. 1. D. de contrah. emt. vendit. L. 11. §. ult. D. de act. E. et V.* sind an einem andern Orte, (In der Lehre von Verträgen) erklärt worden⁹³⁾. Daß jedoch auch über solche Sachen, bey welchen sonst eine *emtio rei speratae* angenommen wird, auch eine *emtio spei simplicis* geschlossen; ja in beyden Fällen, wo sonst eine *emtio spei* gewöhnlich ist, der Contract auch auf eine solche Art eingegangen werden könne, daß der Käufer nur nach Verhältnisß dessen, was er künftig von dem gehofften Gegenstande wirklich erhalten wird, das Kaufgeld zu zahlen verspricht, ist gleichfalls schon oben⁹⁴⁾ bemerkt worden. In diesem letztern Falle ist der Kauf über eine künftige Sache von dem Verkauf einer gegenwärtigen Sache in nichts unterschieden.

Wenn über eine fremde Sache ein Kauf geschlossen worden ist, so lassen sich folgende Fälle gedenken. I. Es ist mit Einwilligung des Eigenthümers geschehen. Hier ist der Kauf auch in Ansehung des Eigenthümers gültig. II. Ohne Einwilligung des Eigenthümers. Dann stand entweder A. dem Verkäufer ein dingliches Recht an der Sache zu, welches ihn zur Veräußerung berechtigte, z. B. ein Pfandrecht. Auch hier ist der Verkauf in Ansehung des Eigenthümers gültig.

93) S. den 4. Theil dieses Commentars S. 303. C. 193.

94) S. den 4. Th. S. 127. f.

95). B. Es stand ihm kein solches Recht an der Sache zu. Dann ist der Kauf entweder 1) bedingt, und bloß auf den Fall geschlossen worden, wenn der Verkäufer Eigenthümer werden würde. Hier hängt die Gültigkeit des Kaufs von der Existenz der Bedingung ab. Tritt diese ein, so muß der Kauf erfüllt werden⁹⁶⁾. Oder 2) unbedingt. Hier ist entweder a) die Frage von der Gültigkeit des Kaufs auf Seiten des Eigenthümers. Diesem kann der ohne seine Einwilligung geschene Verkauf seiner Sache zu keinem Nachtheil gereichen, sondern ihm steht, wosfern er den Verkauf nicht noch nachher genehmiget, das Recht zu, seine Sache zu vindiciren⁹⁷⁾. Es muß nur geschehen, ehe der Käufer die Sache usucapirt hat⁹⁸⁾. Ist jedoch der Eigenthümer des Verkäufers Erbe geworden, so muß er den Kauf halten⁹⁹⁾. Oder es ist b) die Frage, von der Gültigkeit des Kaufs unter den Contrahenten. Hier sind drey Fälle zu unterscheiden.

I. Bey-

95) Hat jedoch der Eigenthümer das Pfand dem Gläubiger selbst gegeben, so geschieht die Veräußerung im Falle ausbleibender Bezahlung der Schuld mit desselben Einwilligung. §. 1. *L. Quib. alienare licet vel non.*

96) *L. 46. D. de act. emti et vend.*

97) *L. 28. D. h. t. Verb. Sed res emtori auferri potest. L. 1. §. et 6. Cod. de reb. alien. non alienand. L. 3. C. de rei vindicat. S. Ulr. HUBER. Eunomia Rom. ad L. 28. D. h. t. pag. 664.*

98) *L. 1. Cod. de commun. rer. alienat. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14.*

99) *L. 5. Cod. de reb. alien. non alienand. L. 14. Cod. de rei vindicat.*

I. Beyde Theile haben gewußt, daß die Sache eine fremde sey. Dann waren entweder 1) beyde in bona fide. Z. B. der Verkäufer glaubte dem Eigenthümer durch den Verkauf seiner Sache einen Gefallen zu erzielen; der Käufer hingegen glaubte, der Verkäufer habe von dem Eigenthümer einen Auftrag erhalten. Hier ist der Kauf unter den Contrahenten gültig ¹⁰⁰⁾. Oder 2) in male fide. Z. B. beyde Theile wußten, daß die Sache gestohlen sey, oder wenigstens die Veräußerung ohne des Eigenthümers Wissen und Willen geschehe. Hier ist der Kauf auch selbst unter den Contrahenten, und zwar auf beyden Seiten verbindlich ¹⁾. Denn es tritt hier die Regel ein, *dolus inter utramque partem compensatur* ²⁾.

II. Keiner von beyden Theilen wußte, daß die Sache eine fremde sey. Hier gilt der Handel unter den Contrahenten, wenn auch die Sache eine gestohlene seyn sollte ³⁾. Der Verkäufer muß die Sache dem Käufer tradiren, und kann auch das Kaufgeld fordern. Er muß aber auch den Käufer entschädigen, wenn der Eigenthümer die Sache evincirt. Ja er muß sogar, gleich einem

§ 2

Verk.

100) L. 25. §. 1. L. 28. D. h. t. S. FRANTZKIUS Comm. in Pand. h. t. nr. 151. HUBER Eunom. Rom. ad L. 28. D. h. t. pag. 664. Westphal vom Kauf §. 72. und Höpfner Commentar über die Institutionen §. 266. u. 267.

1) L. 34. §. 2. D. h. t.

2) L. 57. §. 2. in fine D. h. t.

3) Arg. L. 70. D. h. t. verglichen mit L. 34. §. 2. et 3. D. eod

Verkäufer seiner eigenen Sache, dafür stehen, daß die Sache nicht fehlerhaft sey ⁴⁾)

III. Nur einem von beyden Theilen war allein der Umstand bekannt, daß die Sache eine fremde sey. Dann ist dieser entweder a) in bona fide. Hier ist der Kauf gültig. Oder b) in male fide. Dann ist es entweder 1) der Verkäufer. Dieser ist zwar dem Käufer verbindlich, die Sache zu tradiren, wenn ihm das Kaufgeld bezahlt worden ist ⁵⁾). Er muß auch dem Käufer die Eviction leisten. Ja es ist dem letztern in diesem Falle erlaubt, gegen den Verkäufer auch noch vor erfolgter Entwährung mit der actio empti auf das Interesse zu klagen ⁶⁾). Allein hat der Käufer das Kaufgeld noch nicht bezahlt, so kann es der Verkäufer rechtlich nicht fordern, weil ihm die exceptio imminentis evictionis entgegensteht, wosern nicht derselbe wegen der Entwährung dem Käufer hinlängliche Sicherheit leistet ⁷⁾). 2) Der Käufer ist derjenige Contrahent, welcher in male fide sich befindet. Hier ist ihm der Verkäufer zu nichts verbunden. Der Käufer kann daher so wenig auf die Uebergabe der Sache klagen, als im Falle der Entwährung Entschädigung fordern. Allein der Verkäufer kann auch das Kaufgeld nicht verlangen, wenn er dem Käufer die Sache

4) L. 11. §. 7. 8. et 9. D. de action. E. et V. Westphal vom Kauf §. 76.

5) L. 34. §. 3. D. h. t.

6) L. 30. §. 1. D. de act. E. et V. Westphal vom Kauf §. 254.

7) L. 18. §. 1. D. de peric. et comm. rei vend. C. Io. Nic. HERTII Diss. de conventionibus domanii translativis. §. 28. (in Opuscul. Vbl. I. Tom. III. pag. 88.).

die nicht übergeben hat, weil ihm hier die *exceptio non adimpleti contractus* entgegen steht ⁸⁾. Ist hingegen die Sache dem Käufer schon übergeben, so kann der Verkäufer mit Recht das Kaufgeld fordern, weil dem Käufer die Einrede der zu leistenden *Eviction* in diesem Falle nicht zu statten kommt ⁹⁾.

Es giebt nun auch Sachen, welche kein Gegenstand des Kaufs sind. Der Grund hiervon kann

A) in der Natur der Sache selbst liegen. Dahin gehört

1) wenn die Sache zur Zeit des geschlossenen Kaufs gar nicht mehr existirte. Hier ist der ganze Kauf nichtig, weil es demselben an einem wesentlichen Erforderniß mangelt ¹⁰⁾. Der Verkäufer muß also dem Käufer das schon bezahlte Kaufgeld wieder herausgeben, wenn beide Theile es nicht wußten, daß die Sache nicht mehr existire ¹¹⁾; eine weitere Entschädigung kann der Käufer freylich nicht verlangen, wenn er nicht beweisen kann, daß der Verkäufer Wissenschaft davon gehabt habe, daß die Sache schon
zur

8) *L. 34. §. 3. D. h. t.*

9) *S. de cocceji ius civ. contr. h. t. Qu. 15.* und *Westphal vom Kauf §. 77. a. E.*

10) *L. 15. pr. D. h. t. Et si consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desiderit, nulla emtio est.*

11) *L. 57. pr. D. h. t. Domum enli: cum eam et ego et venditor combustum ignorarem: Nerva, Sabinus, Cassius, nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse, aiunt.*

zur Zeit des geschlossenen Contracts nicht mehr vorhanden gewesen sey. Hätte es der Käufer gewußt, der Verkäufer aber nicht, so muß es sich erster selbst zuschreiben, wenn er keine Entschädigung bekommt; und das Kaufgeld muß er dennoch bezahlen¹²⁾). Wurden es beyde Theile, daß die Sache nicht mehr existire, so ist der Contract nichtig, und es hat, wegen der *compensatio doli inter utramque partem*, kein Theil gegen den andern eine Klage¹³⁾).

Ist nur ein Theil der Sache nicht mehr vorhanden, so ist ein Unterschied zu machen, ob mehr als die Hälfte der Sache, oder wenigstens derjenige Theil derselben fehlt, worauf die Absicht des Käufers hauptsächlich gerichtet war, oder nur die Hälfte, oder wenigstens der geringere Theil. In dem ersten Falle ist der Handel ebenfalls ungültig, und der Käufer kann das bereits bezahlte Kaufgeld zurückfordern¹⁴⁾). In dem letztern Falle ist und bleibt

12) *L. 57. §. 2. D. h. t.*

13) *L. cit. 57. §. 3. D. eodem.*

14) *L. ead. 57. pr. D. h. t.* Sed si pars domus maneret, *Neratius* ait, hanc quaestionem multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta permaneat: ut, siquidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emtor perficere emtionem, sed etiam, quod forte solum ab eo est, repeter. So liest die Florentinische Ausgabe der Pandecten. Allein mehrere Rechtsgelehrten halten diese Lesart für fehlerhaft. Für hanc quaestionem lesen daher *Haloander* und *Baudoua* in hac quaestione. Statt *incendio consumpta* liest *rensus* in *Strictur. ad Rom. iuris Pand. pag. 135. in fin. incendio non consumpta. Haloander* und *Baudoua incendio consumptae.* Für *non compellatur* haben beyde. *non tantum compellatur.* *Potomann* aber liest *Lib. I. Amicabil. Respons. c. 20. Non tantum*

bleibt zwar der Kauf gültig, jedoch ist der Preis nach der sich findenden Verminderung der Sache herabzusetzen¹⁵⁾.

2) Wenn der Käufer schon Eigentümer der Sache ist, über welche der Handel geschlossen worden. Hier sagt *L. 16. D. h. t. Suae rei emtio non valet*; und eben so *L. 4. et L. 10. Cod. eodem. Rei propriae non consistit emtio*. Der Kauf ist hier ungültig, der Käufer mag

tantum non compellatur. Allein schon *Inc. CUYACIUS* Observation. Lib. XIV. cap. 11. hat mit Recht dagegen erinnert, daß alle diese Aenderungen theils unnöthig, theils auch darum verwerflich sind, weil sie, wie z. B. die Lesart *non tantum compellatur*, den wahren Sinn entstellen. Man sehe auch *Ios. NERIUS* Analector. Lib. II. cap. 13. (in *Thef. iuris Rom. Otton.* Tom. II. pag 412.) *IAUCH* de Negationib. Pandect. Florent. Cap. V. §. 15. et Cap. XIV. §. 6. und *Westphal* vom Kauf §. 56. §. 57. Noch gehört hierher *L. 53. D. h. t.* wo *Papinian* sagt: *Arboribus quoque vento deiectis, vel absumtis igne, dictum est, emtionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum (veluti oliveti) fundus comparabatur: sive sciente sive ignorante venditore. Sive autem emtor sciebat vel ignorabat, vel uterque eorum, haec obtinent, quae in superioribus casibus pro aedibus dicta sunt. Da beyde Stellen nicht von eben demselben Rechtsgelehrten sind, so ist es sehr wahrscheinlich, daß die letztern Worte *Sive autem emtor — dicta sunt*, interpolirt sind. *S. Ulr. HUBERI* Eunom. Rom. ad h. L. p. 676. *Ger. NOODT* de formâ emendandi doli mali cap. 11. und *Ev. OTTO* Papinianus Cap. 17. §. 3.*

15) *L. 57. pr. cit.* Sin vero vel dimidia pars, vel minor, quam dimidia exusta fuerit, tunc coarctandus est emtor venditionem adimplere, aestimatione viri boni arbitrato habito, ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab huius praestatione liberetur.

mag gewußt haben, daß er seine Sache kaufe, oder nicht. Nur in dem Falle, da das Kaufgeld schon bezahlt ist, würde dieser Unterschied in soweit in Betrachtung kommen, daß der Käufer, welcher unwissend seine Sache gekauft hat, das Kaufgeld wieder zurückfordern kann; welche Klage hingegen dem wissentlichen Käufer seiner Sache billig zu versagen ist ¹⁶⁾. Jedoch giebt es Fälle, wo man auch über seine eigene Sache einen gültigen Kauf schließen kann. Dahin gehört, a) wenn dem Eigenthümer seiner Sache blos daran gelegen ist, den Besitz, welcher dem Verkäufer daran zusteht, von diesem käuflich an sich zu bringen. Hier macht der Besitz den Gegenstand des Kaufs aus, und dieser gehörte vorher freylich dem Käufer nicht. Von diesem Falle handelt L. 34. §. 4. *D. h. t.* wo Paulus sagt: *Rei suae emtio tunc valet, cum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, et in iudicio possessionis potior esset.* Die letztern Worte versteht Anton Faber ¹⁷⁾ von dem Verkäufer. Er erfordert daher zur Gültigkeit eines solchen Kaufs zweyerley α) daß gleich Anfangs die Absicht des Käufers blos auf den Besitz der Sache gerichtet, und β) der Verkäufer auch ein gerechter Besitzer sey, welchem das Recht zu Interdicten zustehe. Allein man kann sie auch mit D'Arvezan ¹⁸⁾ ganz wohl von dem Käufer verstehen, nämlich in dem Sinn, damit dieser hierdurch in den Stand gesetzt werde, sich wegen der Sache mit Wirkung eines Inter-

16) L. 16. *pr. D. h. t.* L. 53. *D. de reg. iur.* POTMIER Pand. Justin. h. t. Nr. XIX. not. n.

17) Rational, in Pand. ad L. 34. §. 4. *D. h. t.*

18) Libro Contract. II. Tract. 1. §. *Atque ex adverso.* pag. 84.

Interdicts beblanen zu können. Diese Erklärung hat auch die Haloandrische Lesart: *UT in iudicio possessionis potior esset*, für sich, welcher Heinrich Brentmann in dem Gebauerischen Corpus Rom¹⁹⁾ den Vorzug giebt. b) Wenn der Käufer gegenwärtig nur ein widerruffliches Eigenthum hat, und er sucht sich durch den Kauf ein unwiderruffliches Eigenthum zu verschaffen²⁰⁾. Der Grund der Verkaufsunfähigkeit kann

II. in einem Verbote liegen, und dieses kann entweder

A) in einer Verordnung der Gesetze gegründet seyn. Die Gründe dieses Verbots können seyn a) weil manche Sachen überhaupt, ihrer Bestimmung und besondern Eigenschaft wegen, kein Gegenstand des Handels und Verkehrs seyn können oder sollen. Die Gesetze rechnen dahin 1) *res divini iuris*, z. B. *res sacrae*, *res religiosae*²¹⁾. Daß solche Sachen nach den Grundsätzen des heutigen Kirchenrechts unter gewissen Bedingungen verkauft werden können, ist schon an einem andern Orte²²⁾ vorgekommen. Ferner 2) Sachen, die dem Staate gehören, wenn sie besonders zum gemeinen Gebrauche bestimmt sind. Denn insofern sie zum Patrimonium des Staats gehören, sind sie des Verkaufs nicht unfähig²³⁾. Nicht minder 3) öffentliche

19) Ad. h. L. not. 26. pag. 308.

20) L. 61. D. h. t. L. 29. D. de act. E. et V. L. 4. Cod. h. t. G. Ger. NOODT Comm. ad Pand. h. t. §. Demonstratis. pag. 396. und Westphal vom Kauf §. 80. ff.

21) §. 5. I. h. t. L. 4. D. eodem. L. 73. pr. D. eodem.

22) S. den 2 Th. dieses Commentars §. 168.

23) L. 6. pr. D. h. t. Celsus filius ait, — te emere non posse, — sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non sit, ut publi-

liche Aemter. Dergleichen Amtsererschleichung ist ein Verbrechen, welches bey weltlichen Aemtern *crimen ambitus*, bey den geistlichen aber *crimen Simoniae* genennet wird ²⁴⁾. Auch 4) Gifte, sofern sie nicht wenigstens durch Zusatz einer andern Materie von Nutzen seyn können ²⁵⁾. Heute zutage kommt es auf die wegen des Verkaufs der Gifte in jedem Lande vorhandenen besonderen Verordnungen an. b) Zuweilen können Zeitumstände ein gesetzliches Verkaufsverbot veranlassen. So z. B. verbieten die Geseze Sachen, welche im Prozeß befangen sind, während des Pro-

publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habentur, ut est Campus Martius. — *S. MOODT* Comm. ad Dig. h. t. §. *Putemus* pag. 394. und *Westphal* vom Kauf §. 90.

24) *L. 6. Cod. ad L. Iul. repetundar. L. 16. Cod. Si certum petat. L. 6. Cod. de assessorib. Nov. 6. cap. 1. Nov. 8. pr. et cap. 7. Nov. 30. c. 6. Nov. 35. et 53. Nov. 86. cap. 3. in fin. Tot. Tit. D. et Cod. ad L. Iul. de ambitu. L. 31. Cod. de Episc. et Cleric. Cap. 12. et 34. X. de Simonia.* — *S. Alb. WILLEBRAND* Diff. de venditionibus officiorum. *Rostochii* 1693. Bey den Römern gab es jedoch auch käufliche Bedienungen, welche erblich waren (*militiae*) und selbst ein Gegenstand des Pfandrechts werden konnten. *L. ult. Cod. de pignor. Nov. LIII. cap. 5.* — *S. Westphal's* Pfandrecht §. 40. Not. 62. S. 96. ff. Dahn gehörten z. B. die *militiae Silentiariorum. Adiutorum Quaestoris palatii*, und die *officia domesticorum.* — *S. Franc. CONNANUS* Commentarior. iuris civ. Lib. IV. cap. 15. *CUJACIUS* Comm. ad L. ult. Cod. de pignor. *PEREZ* Praelect. in Cod. Lib. XII. Tit. 17. de domesticis. nr. 2. et 3. und *WILLEBRAND* cit. Diff. Cap. I. §. 12.

25) *L. 35. §. 2. D. h. t. Veneni mali quidam putant non contrahi emtionem, — quae sententia potest sane vera videri de his, quae nullo modo, adjectione alterius materiae, usu nobis esse*

Prozesses an einem Dritten zu veräußern²⁶⁾. So können ferner zur Zeit eines Getraidemangels Pollicengesetze alle Kornausfuhr verbieten. c) Zuweilen können besondere Verhältnisse unter gewissen Personen die Ursache des gesetzlichen Veräußerungsverbots seyn. So z. B. verbieten die Gesetze dem Ehemann liegende Dotalgüter seiner Ehefrau, und dem Vater die bona adventitia seiner Kinder zu veräußern²⁷⁾. Endlich d) untersagen die Gesetze auch zuweilen die Veräußerung gewisser Sachen nur insofern, als sie nicht auf die gesetzlich vorgeschriebene Art geschieht, wie z. B. die Veräußerung der Güter der Pupillen und Minderjährigen²⁸⁾, der Kirchen, der Patrimonialgüter des Landesherrn²⁹⁾ u. s. w. Hierher gehört auch, daß nach der Verordnung der teutschen Reichsgesetze³⁰⁾ der Verkauf der Früchte auf dem Halm (venditio fructuum in herbis) nicht anders erlaubt seyn soll, als um den Preis, den die Früchte entweder zur Zeit des Contracts, oder in den nächsten vierzehn Tagen nach der künftigen Erndte haben.

esse possunt. S. Weßphal vom Kauf §. 106. und Danz Handbuch des teutschen Privatrechts. 2. Band §. 191. S. 175.

26) L. 2. L. ult. Cod. de litigiosis.

27) L. 4. D. de fundo dotali. L. un. §. 15. Cod. de rei uxor. act. L. 1. et 2. C. de bonis maternis. L. 8. §. 5. C. de bonis quae liberis.

28) L. 1. D. de reb. eorum, qui sub tut. vel cura sunt. et tot. Tit. Cod. de praediis et aliis rebus minor. sine decreto non alienandis. (V. 71.)

29) L. 39. §. ult. D. de legatis I.

30) Reichs-Policey-Ordn. vom J. 1548. Tit. 19. und vom J. 1577. Tit. 19.

ben ³¹⁾). Uebrigens war noch bey den Römern, ohne eine besondere kaiserliche Erlaubniß, der Handel mit Purpur und Seide ³²⁾, so wie auch der Handel mit Verschnittenen ³³⁾ verboten, welches aber h. §. 1. wegfällt.

Ist nun eine solche Sache, deren Veräußerung die Geseze verbieten, dennoch dem Verbot zuwider verkauft worden, so ist der Kauf nichtig ³⁴⁾. Der Verkäufer kann daher

31) Diese letztere Verfahrungsart ist h. §. 1. die gewöhnliche, und verdient allerdings vor der ersten den Vorzug. S. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. Band §. 191. und Io. Gottl. HEINECCI Diff. de venditione illicita fructuum in herbis. Hala: 1738.

32) L. 1. et 2. Cod. Quae res venire non poss. Purpur und Seide war nur den röm. Kaisern zu tragen erlaubt, oder denen, welchen sie es erlaubten. Daher durfte auch Niemand Handel damit treiben, als der Comes commerciorum. S. Jac. CUJACIUS Observation. Lib XII. cap. 24. ZANCIROLLUS Rerum memorabil. Lib. I. Tit. 1. et 2. und Westphal vom Kauf §. 107. u. 108.

33) L. 1. et 2. Cod. de Eunuch. Westphal a. a. O. §. 109.

34) L. 6. C. de pactis. L. 34. § 1. D. h. t. Rerum, quas natura, vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est. — L. 22. D. eodem. Hanc legem venditionis: Si quid sacri vel religiosi est, eius venit nihil, supervacua non esse, sed ad modica loca pertinere. Caeterum si omne religiosum, vel sacrum, vel publicum venierit: nullam esse emtionem. Befinden sich also bey einer verkauften Hauptsache, die an sich des Verkaufs nicht unfähig ist, Sachen, die für sich nicht im Verkehr sind, so ist deswegen der Kauf nicht ungültig. Der Verkäufer muß allenfalls dem Käufer deshalb die Eviction leisten, L. 24. P. h. t. wofern sich nicht etwa Ersterer durch die hier im Geseze angeführte Clausel gegen den Regreß des Käufers gedeckt hat. Eben so lehrt

daher nicht angehalten werden, die Sache zu tradiren, und ist das Kaufgeld schon bezahlt, so kann es zurückgefordert werden³⁵⁾. Ob aber auch die schon übergebene Sache von dem Verkäufer zurückgefordert werden könne? ist eine strittige Rechtsfrage. Leyser³⁶⁾ trägt kein Bedenken, sie zu bejahen, wenn das Veräußerungsverbot das öffentliche Interesse zum Zweck hat. Er kannte zwar die Menge von Zweifelsgründen, die seiner Meinung entgegenstehen³⁷⁾, allein er glaubt, wenn der Verkäufer eine so gerechte Ursache habe, als hier für ihn streite, nämlich das öffentliche Staatsinteresse, (*utilitas publica*); so könne ihm die *exceptio doli*, oder die *exceptio rei venditae et traditae* nicht entgegen stehen³⁸⁾. Er glaubt am Ende seine Meinung durch eine Stelle des canonischen Rechts³⁹⁾ vollends über allen Zweifel zu erheben, woraus erhelle,

lehrt auch Papinian *L. 72. §. 1. D. h. t.* Es wird jedoch vorausgesetzt, daß die unveräußerlichen Stücke nur den geringsten Theil der verkauften Hauptsache ausmachen müssen, wenn jene Verwahrungs-Clausel von Nutzen seyn soll. *S. Westphala. a. O. §. 91. und §. 33.*

35) *L. 23. D. h. t. Et quod solverit eo nomine, emtor condicere potest.* *S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CXC. medit. 4.*

36) *Specim. CXC. medit. 1.*

37) *L. 17. D. de eviccionib. L. 2. Cod. Ne fiscus rem, quam vendidit, evincat.*

38) *L. 1. §. 5. D. except. rei vend. et traditae.*

39) *Cap. 33. X. de iureiur.* Intellecto iamdudum, quod carissimus in Christo filius noster, Hungariae res illustris, alienationes quasdam fecerit in praeiudicium regni sui et contra regis honorem. Nos eidem regi dirigimus scripta nostra, ut alienationes

erhelle, daß wenn das Gesetz die Veräußerung einer Sache schlechterdings verbiete, Niemand daraus verpflichtet werde, sondern jeder, er sey der Fiskus oder eine Privatperson, könne hier sein eigenes Factum anfechten. Ihm stimmt in der Hauptsache auch Müller ⁴⁰⁾ bey, welcher diese Meinung noch durch die *L. 34. §. 1. D. h. t.* zu bestärken sucht, wo ein solcher Kauf, den die Gesetze verbieten, für nichtig erklärt wird. Allein es sind hier zwey Fragen nicht zu verwechseln, die an sich ganz verschieden sind. Erstens kann auf die Erfüllung eines solchen gesetzlich verbotenen Kaufs geklagt werden? und diese Frage ist natürlich zu verneinen. Zweitens kann das, was zur Erfüllung eines solchen gesetzlich verbotenen Kaufs gegeben worden ist, zurückgefordert werden? Hier ist, wie ich glaube, zu unterscheiden, ob den Contrahenten das Veräußerungsverbot bekannte war, oder nicht. In dem letztern Falle kann das zur Erfüllung des Handels Gegebene allerdings zurückgefordert werden. So wie daher der Käufer das bereits bezahlte Kaufgeld zurückfordern kann, so muß auch dem Verkäufer ein gleiches Recht zustehen, die bereits tradirte Sache zu reklamiren ⁴¹⁾. Es muß nur das gesetzliche Verbot für beyde Theile verbindlich seyn.

tionē praedictas, non obstante iuramento, si quod fecit de non revocandis eisdem, studeat revocare: quia, cum teneatur, et in sua coronatione iuraverit, iura regni sui, et honorem coronae illibata servare, illicitum profecto fuit, si praestitit de non revocandis alienationibus huiusmodi iuramentum, et propterea penitus non servandum.

40) *Observat. pract. ad Leyserum Tom. II. Fasc. I. Obs. 889.*

41) *L. 22. 23. et 62. §. 1. D. h. t.*

seyn. So z. B. verbietet das landesherrliche Verbot der Getreidenausfuhr bloß die Untertanen des Landes, aber nicht die Ausländer. Hier fällt also, wenn der Kauf einmal durch die Uebergabe vollzogen war, die vindicatio weg⁴²⁾. In dem ersten Falle hingegen ist nicht wohl abzusehen, wie derjenige, welcher wissentlich die Gesetze übertreten hat, sich anmaßen dürfe, Sachen, die er einmal freywillig weggegeben hat, wieder zurückzufordern. Die Gesetze des römischen Rechts gestatten ihm wenigstens diese Zurückforderung nicht, sondern sagen vielmehr ganz bestimmt das Gegentheil⁴³⁾; und diese sind durch das canonische Recht hierin nicht aufgehoben worden. Denn die päpstliche Verordnung, worauf sich Leyerer beruft, enthält weiter nichts, als daß die von einem Regenten vorgenommene Veräußerung, wenn dadurch der Staat selbst gefährdet werde, wieder zurückgefordert werden könne, wenn sie auch mit einem Eide wäre bekräftigt worden. Dieß ist auch ganz der Regel gemäß, vermöge welcher der Verkäufer selbst die gegenwärtig veräußerte Sache vindiciren kann, wenn es zum Vortheil eines Andern geschieht, um dessen willen die Gesetze die Veräußerung untersagt haben⁴⁴⁾. So z. B. kann auch der Vormund die gegen das gesetzliche Verbot veräußerten Sachen seines Mündels

42) S. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 954. et. not. m. pag. 657.

43) L. 3. et 8. D. de condict. ob turpem vel iniust. causam. L. 2. Cod. eodém. Man vergleiche hier vorzüglich U. v. Diet. Weber's syst. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 76. S. 322. f.

44) S. VOLT Comm. ad Pand. Lib. VI. Tit. 1. §. 19.

bels vindiciren⁴⁵⁾. Eben so der Kirchenvorsteher die widerrechtlich veräußerten Kirchengüter⁴⁶⁾. Es fragt sich aber, in wiefern deshalb eine Entschädigung gefordert werden könne, wenn der Kauf nichtig ist? Man unterscheidet hier folgende Fälle. I. Beide Theile haben gewußt, daß die Sache nicht verkauft werden durfte. Hier kann kein Theil von dem andern Entschädigung fordern⁴⁷⁾. II. Keiner von beyden hat die Eigenschaft der Sache gekannt. Hier kann der Käufer statt der Sache, welche er nicht erhalten kann, wenigstens das Interesse fordern. So ist nach Anton Fabers Erklärung⁴⁸⁾ der Ausspruch des
Lictz

45) L. 16. Cod. de praed. et aliis rebus minor. sine decreto non alien.

46) Cap. 6. X. de rebus eccl'es. non alienand. Extravag. un. eodem.

47) Ant. FABER Rational. in Pand. ad L. 62. §. 1. D. h. t.

48) Rational. in Pand. ad L. 70. D. h. t. Siehe auch POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XIV. not. 2. Andere, z. B. Ger. NOODT in Comm. ad Dig. h. t. §. Putemus. p. 395. und Arn. VINNIUS Commentar. ad §. 5. I. h. t. nr. 2, in sin. erklären hingegen die L. 70. h. t. so, daß bloß der Käufer das bereits bezahlte Kaufgeld zurückbekommen müsse. Noch andere, wie z. B. BACHOV ad Treutlerum Vol. I. Disput. XXVIII. Th. 7. lit. E. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19. glauben, der Käufer könne zwar nach dem strengen Recht auf das Interesse klagen, allein der Verkäufer könne sich mit der exceptio iustae ignorantiae gegen die Klage schützen. Allein die angeführten Gesetze machen offenbar keinen Unterschied, ob der Verkäufer gewußt habe, daß die Sache nicht habe verkauft werden können, oder nicht. Nun muß in dem ersten Falle das Interesse geleistet werden, also auch in dem letztern. Es kommt nur darauf an, daß der Käufer die Eigen-

Licinius Rufinus *L. 70. D. h. t.* zu verstehen, wo es heißt: *Liberi hominis emtionem contrahi posse, plerique existimaverunt: si modo inter ignorantes id fiat.* Dieses bestätigt auch **Julian** *L. 39. §. 3. D. de eviction.* *Qui liberum hominem sciens vel ignorans tanquam servum vendit, evictionis nomine tenetur.* Ein Gleiches findet III. noch vielmehr in dem Falle Statt, wenn dem Verkäufer die Beschaffenheit der Sache bekannt war, und dieser den unwissenden Käufer hintergangen hat. **Licinius Rufinus** sagt dieses auch selbst in den folgenden Worten: *Quod idem placet, etiam si venditor sciat, emtor autem ignoret.* Von diesem Falle redet ferner **Modestinus**, wenn er *L. 62. §. 1. D. h. t.* sagt: *Qui nesciens loca sacra, vel religiosa, vel publica pro privatis comparavit, licet emtio⁴⁹⁾ non teneat, ex emto⁵⁰⁾ tamen adversus vendito-*

schaft der Sache nicht gekannt habe. Hierher gehört noch *L. 4. et 5. D. h. t.* *Et liberi hominia et loci sacri, et religiosi, qui haberi non potest, emtio intelligitur, si ab ignorante emitur: quia difficile dignosci potest liber homo a servo.*

49) **LEYSER** *Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXC. medit. 3.* will für *emtio* lieber *actio* lesen. Soll durch diese Aenderung nicht der Sinn der Worte ganz entstellet werden, so müßte man auch das Unterscheidungszeichen nach *non teneat* wegstreichen, und es nach den Worten *ex emto* setzen. Allein zu einer solchen Veränderung der Lesart ist nicht der geringste Grund vorhanden. Denn daß auch in dem Falle, da der Kauf nicht gilt, gegen den Verkäufer *actio emti* auf das Interesse geklagt werden könne, ist bekannt. *L. 1. §. 1. D. de act. emti et vend.* Mit Recht hat daher auch **Io. Guil. MARCKART** in *Probabil. receptarum Lectionum iuris civ. pag. 49. sq.* die **Leysersche** Lesart verworfen.

50) **ROTHIER** in *Pand. Justin. T. I. h. t. Nr. XIV. not. b.* versteht **Glücks** *Erläut. d. Pand. 16. Th.* D dies

ditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur. Hat endlich IV. der Käufer gewußt, daß die Sache kein Gegenstand des Verkehrs sey, so kann er keine Entschädigung verlangen, auch nicht einmal das bereits bezahlte Kaufgeld kann er zurückfordern. Denn er hat wißentlich etwas bezahlt, was er nicht schuldig war⁵¹⁾, Doet⁵²⁾ glaubt sogar, der Verkäufer könne auch das Kaufgeld fordern, wenn es noch nicht bezahlt sey. Allein, das letztere läßt sich aus den Gesetzen nicht füglich erweisen. Die hierher gehörigen Stellen sind folgende.

L. 6. pr. D. h. t. Sed Celsus filius ait, hominem liberum SCIENTEM te emere non posse, nec cuiuscunque rei, si SCIAS, alienationem (non) esse⁵³⁾: ut sacra et

dies von einer *actio utilis*. Ist ein locus religiosus pro puro verkauft worden, so gibt der Prätor auch eine *actio in factum*. L. 8. §. 1. D. de religiosis.

51) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19.

52) Commentar. ad Pand. h. t. §. 5.

53) So liest die Laurellische Ausgabe. Baudoza hat, alienationem interdictum esse. Haloander, cuius scias, alienationem prohibitam esse. Cod. Pand. Erlang. hat: alienationem inhibitam esse. Brenkmann in dem Göttingischen Corpus iur. civ. und IENSIUS in Strictur. ad Rom. iur. Pand. p. 134. vertheidigen die Laurellische Lesart. Ihnen stimmt auch Westphal vom Kauf §. 90. bey. Allein da Laurellius die Partikel non in eine Parenthese gesetzt hat, so stand sie sicher nicht in der Florentinischen Handschrift. Der Sinn liegt auch ohne diese Parenthese klar vor Augen, wie Io Guil. MARCKART Interpretation. receptar. iuris civ. Lection. Lib. I. cap. 12. §. 1. gezeigt hat, welcher diese Stelle auf folgende Art erklärt: nec cuiuscunque rei, publicae, sacrae, religiosae, aliena-

et religiosa loca; aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est Campus Martius.

L. 34. §. 2. D. h. t. Liberum hominem SCIEN-
TES emere non possumus⁵⁴⁾. Sed nec talis emtio,
aut stipulatio admittenda est, *cum servus erit*: quam-
vis dixerimus, futuras res emi posse. Nec enim fas
est, eiusmodi casus expectare.

L. 70. in fin. D. h. t. Quod si emtor SCIENS,
liberum esse, emerit, nulla emtio contrahitur.

Die Regel, daß ein dem gesetzlichen Verbot zuwider
geschlossener Kauf nichtig sey, leidet jedoch folgende Aus-
nahmen 1) wenn das Gesetz, ohne den Handel für un-
gültig zu erklären, blos eine Strafe damit verknüpft hat.
2) Wenn das Gesetz die Veräußerung blos zum Besten
eines Dritten untersagt, und dieser sich seines Rechts
nicht binnen der ihm dazu vorgeschriebenen Frist bedient.
Z. B. wenn ein Minderjähriger nach erreichter Großjäh-
rigkeit den ungültigen Kauf nicht binnen fünf Jahren
impugnirt⁵⁵⁾.

Noch ist zu bemerken, daß ein erst nach abgeschlosse-
nem Kaufe eintretendes Verbot die noch nicht geschene

D 2

Ueber.

*alienationem esse (sc. ait CILSUS) si scias scil. talem rem esse,
nec haberi posse.* Die doppelte Negation würde einen affirma-
tiven Sinn hervorbringen, der offenbar hier absurd ist.

54) Eine Ausnahme enthält die bekannte Verordnung des Kai-
sers Constantin des Großen. L. 2. Cod. de patrib. qui fi-
lios suos distraxerunt.

55) L. 3. Cod. Si maior factus alienat. fact. ratihab.

Uebergabe hindert.⁵⁶⁾ Niemand wird dieses für eine Anwendung des Gesetzes ad praeterita halten, welcher erwägt, daß dasjenige, worauf das Gesetz angewandt wird, keinesweges vorher schon geschehen ist, sondern nur jetzt nach eingetretener Gültigkeit des Gesetzes gehindert werden soll⁵⁷⁾.

§. 976.

Wirkung eines testamentarischen und vertragsmäßigen Veräußerungs-Verbots,

Zuweilen kann auch B) die Veräußerung einer Sache zum Vortheil gewisser Personen durch ein Testament verboten worden seyn.⁵⁸⁾ Solche Fideicommissse können dann anders nicht, als mit Einwilligung sämtlicher Interessenten, gültig veräußert werden⁵⁹⁾. Ist die

56) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXC. medit. 4.

57) S. A. d. Diet. Weber über die Rückanwendung positiver Gesetze. (Hannover 1811.) Nr. 56. S. 123.

58) Ohne Bestimmung, zu wessen Vortheil das Verbot der Veräußerung gereichen solle, ist dasselbe ungültig und unverbindlich. L. 114. §. 14. D. de legat. I. L. 28. §. 4. L. 93. pr. D. de legat. III. S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 351. u. 363.

59) L. 120. §. 1. D. de legat. I. L. 11. Cod. de fideicommiss. Paulus Sentent. Recept. Lib. IV. Tit. 1. §. 13. in Ant. SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 388. scheint zwar anderer Meinung gewesen zu seyn. Nach seiner Meinung soll nicht einmal ein Vertrag gelten, der gegen den Willen des Erblassers über das Fideicommiss von den Interessenten geschlossen worden ist. Allein hierauf kann jetzt nicht mehr Rücksicht genommen werden. S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1475.

die Veräußerung von dem mit dem Fideicommiß beschwerten Erben eigenmächtig geschehen, so ist sie null und nichtig, und kann zwar nicht von dem Veräußerer selbst, wohl aber von dem Fideicommissar, zu dessen Nachtheil sie geschehen ist, und zwar entweder gleich, oder erst dann, wenn die bestimmte Zeit erscheint, oder die Bedingung in Erfüllung geht, reklamirt werden ⁶⁰). Ist von Familien-Fideicommissen die Rede, und die Veräußerung geschehe von einem Besizer des Fideicommisses aus Noth wegen dringender Schulden; so besteht sie wenigstens bis an seinen Tod ⁶¹). Bey einer freywilligen Veräußerung hingegen, fällt das Fideicommiß sogleich an den nächsten von der Familie ⁶²).

Das Veräußerungsverbot kann endlich C) auch in einem Vertrage (pactum de non alienando) gegründet seyn ⁶³). Hier sind folgende zwey Fragen zu erörtern.

I. In

60) L. 3. §. 2. et 3. *Cod. Communis de legatis*. VOET Comm- ad Pand. h. t. §. 15. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. VI. Obf. 867.

61) L. 69. §. 1. *D. de legat. II.* C. Io. IENSIUS *Strictur. ad Rom. iuris Pand. ad h. L. pag. 243.* Wird wegen der Schulden des Erblassers das Fideicommiß verkauft, so erlischt es. L. 114. §. 14. *in fin. D. de legat. I.* L. 78. §. 4. *D. de legat. II.* L. 9. *D. de fideic. libertat.* C. Iac. CUJACIUS *Observat. Lib. XV. c. 5. und Westphal von Vermächtnissen.* §. 366. — §. 368.

62) L. 69. §. 3. L. 77. §. 27. *D. de legat. II.*

63) C. Io. Nic. HERT *Diss. de pacto, ne dominus rem suam alienet. in EIUDEM Opuscul. Vol. I. Tom. III. pag. 95. und Christ. GMLIN Diss. de pacto de non alienando. Tub. 1789.*

I. In wiefern ist ein solcher Vertrag gültig? Es sind hier zwey Fälle zu unterscheiden.

1) Der Vertrag, sein Eigenthum nicht zu veräußern, ist von dem dritten Nichteigenthümer mit dem Eigenthümer errichtet worden. Hier erklären die Gesetze den Vertrag für ungültig und unwirksam. Pomponius sagt L. 61. *D. de pactis*. *Nemo paciscendo efficere potest, ne vicino invito pradium alienet*. Diese Stelle ist aus des Pomponius *libro IX. ad Sabinum* genommen, in welchem dieser Rechtsgelehrte vom Kaufcontract handelt, wie aus der Vergleichung der aus demselben Buche genommenen Fragmente in unseren Pandecten erhellet⁶⁴⁾. Mehrere Ausleger, unter denen ich nur den Gerhard Noodt⁶⁵⁾, Emund Merill⁶⁶⁾ und Joseph Sinesires⁶⁷⁾ nennen will, wollen daher das Fragment des Pomponius von dem Falle verstehen, wenn dem Kaufcontract der Vertrag wäre beygefügt worden, daß der Käufer die Sache nicht ohne Einwilligung des Verkäufers veräußern solle. Allein wenn Pomponius sagt, Niemand könne sich durch Vertrag gültig verpflichten, sein

64) L. 4. 6. 8. 13. 16. 18. 20. *D. h. t.* L. 1. *D. de heredit. vel act. vend.* L. 5. *D. de periculo et comm. rei vend.* welche Stellen alle aus des Pomponius *libro 9. ad Sabinum* genommen sind.

65) *De pactis et transactionib. cap. VI. §. Eiusdem generis.* Operum Tom. I. pag. 514.

66) Exposition. in L. Decisiones Iustiniani Nr. XLVI. *Oper. P. II.* pag. 127.

67) In Hermogeniani iuris epitomar. libros VI. *Commentar. ad L. 75. D. de contrah. emt. §. 9.* pag. 453.

sein Grundstück nicht ohne des Nachbarn Einwilligung zu veräußern, so leuchtet ja, wie auch Franz Raguelus⁶⁸⁾ behauptet, in die Augen, daß hier von einem nicht verkauften Grundstück des Eigenthümers die Rede sey. Man sieht es noch deutlicher aus den übrigen von Pomponius angeführten Fällen. Niemand, sagt dieser Jurist, kann sich auch durch ein pactum gültig verpflichten, einen ihm eigenen Platz zur heiligen Stätte nicht einweihen zu lassen, oder auf eine ihm eigene Stelle keinen Todten zu begraben. Wo ist hier überall von einem pacto venditioni adiecto die Rede? Hierzu kommt, daß ja das pactum de non alienando, als Nebenvertrag, mit dem Hauptcontract gültig gewesen wäre, und die Contractklage begründet haben würde, wie auch Paulus L. 21. §. 5. D. de act. E. et V. und Zermogenian L. 75. D. h. t. lehren. Mit dieser Erklärung stimmen auch Herr⁶⁹⁾ und Marc Aurel Galvanus⁷⁰⁾ überein. Der eigentliche Grund, warum man den Vertrag, von welchem Pomponius spricht, für unverbindlich erklärte, war wohl der, weil man glaubte, daß ein solcher Vertrag sich mit der Freyheit des Handels nicht vereinigen lasse, zumal da der Paciscent in den meisten Fällen bey dessen Erfüllung kein Interesse hat⁷¹⁾. Wenn nun aber gleich dieser Vertrag in der
Regel

68) Commentar. ad constitut. et decisiones Iustiniani ad L. ult. Cod. de pactis inter emptorem pag. 268.

69) Cit. Diff. §. 2.

70) De Usufructu. Cap. XXXI. Nr. VIII. pag. 396. sq. (edit. Tübing. 1788.)

71) S. Ant. FABER Rational. in Pand. ad L. 61. D. de pactis und GMELIN cit. Diff. §. 5.

Regel unverblindlich ist, so kann doch a) eine vertragsmäßige Strafe auf dessen Verletzung gesetzt werden, welche bezahlt werden muß, wenn der Contrahent diesen Vertrag, der an sich weder für schändlich noch unmöglich zu halten ist, nicht erfüllt. Von einer solchen Conventionsstrafe ist unstreitig die Stipulation zu verstehen, durch welche nach der Lehre des Paulus *L. 11. D. de religiosis* das *pactum de non alienando* Wirksamkeit erhalten kann ⁷²⁾, wie auch Anton Faber ⁷³⁾, Edmund Merillius ⁷⁴⁾, Johann Le Grand ⁷⁵⁾, Pothier ⁷⁶⁾, und Gmelin ⁷⁷⁾ behaupten. Eine Ausnahme findet ferner b) Statt, wenn dem Nichteigenthümer wegen eines ihm an der Sache des Eigenthümers zustehenden dinglichen Rechts daran liegt, daß sie von dem Eigenthümer nicht veräußert werde. Dahin gehört der Fall, wenn der Pfandgläubiger mit dem Schuldner den Vertrag schließt, daß letzterer ohne seine Einwilligung das Pfand nicht verkaufen wolle. Hier ist der Vertrag gültig, und hat die Wirkung, daß die demselben zuwider unternommene Veräußerung nichtig ist. Es verdient hier die Stelle Marcians *L. 7. §. 2. D. de distract. pignor.* eine nähere

72) Eine solche vertragsmäßige Strafe kann im Contrventionsfalle von dem Paciscenten auch dann gefordert werden, si eius nihil interest. *L. 28. §. 17. D. de Verb. obligat.*

73) FABER *Rational. in Pand. ad L. 11. D. de relig.*

74) *Exposit. in L. Decision. Iustin. Nr. XLVI. 5.*

75) *Io. Matth. MAGNUS Rationum et differentiar. iuris civ. Lib. II. cap. 5. in Thef. Meerman. Tom. III. pag. 309.*

76) *Pandect. Iustinian. Tom. I. Lib. II. Tit. 14. Nr. XXV. not. f.*

77) *Cit. Diff. §. 11.*

nähere Erörterung. Quaeritur, sagt dieser Rechtsgelehrte, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit: et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita: ideoque venire possit? *Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.* So deutlich und expressiv die Worte lauten, so sehr hat man sich dennoch von jeher über den Sinn derselben gestritten. Der Irrwahn, als ob der Gläubiger bey diesem Vertrage kein Interesse habe, hat verschiedene sowohl ältere, als neuere Rechtsgelehrten zu mancherley Aenderungen der Lesart verleitet. Anton Faber ⁷⁸⁾ will statt *debitori* vielmehr *debitoris* lesen, und das Gesetz von dem Falle verstehen, wenn der Gläubiger sich verpflichtet hätte, das Pfand nicht zu verkaufen. Unter den neuern Rechtsgelehrten sind dieser Erklärung Ernst Christ. Westphal ⁷⁹⁾ und Zeint El. Gottl. Schwabe ⁸⁰⁾ beygetreten. Allein schon Jacob Gothofredus ⁸¹⁾ hat diese Erklärung so gründlich widerlegt, daß man sich wundern muß, wie sie unter den neuern noch hat Anhänger finden mögen. Noch andere wollen: *nullam esse pactionem* lesen, ut *venditioni* stetur; und halten einen Vertrag in Gemäßheit der *L. 61. D. de pactis*

78) De erroribus Pragmaticor. Decad. LXXXVII. Err. 2.

79) Erläuterung der Röm. Gesetze vom Pfandrechte §. 204. Not. 127. S. 201.

80) Von dem Nichtrecht der Hypotheken-Veräußerung des Schuldners ohne des Gläubigers Einwilligung. (Erfurt 1805. 4.) §. 33.

81) Animadversion. juris civ. Cap. 14. (Tom. III. Thef. iur. Rom. pag. 202.)

partis mit *Dorellus*⁸²⁾ für unwirksam. Schon *Barzolus*⁸³⁾ gedenkt dieser Lesart, er bemerkt jedoch, daß er deswegen mit dem jüngern *Accursius* nach Pisa gereiset sey, um daselbst die jetzt so genannten florentinischen Pandecten zu vergleichen, und habe dann nach seinem Wunsch die gemeine Lesart darin bestärkt gefunden⁸⁴⁾. Ueberdem haben auch *Johann Streck*) und *Johann Wilh. Marckart*⁸⁵⁾ diese violente, allen Regeln der Critic entgegenstehende Emendation mit Recht verworffen. Ein Gleiches gilt von der unkritischen Aenderung des *Janus a Costa*⁸⁷⁾ welcher: *Si pactum sit a debitore, ne liceat creditori hypothecam vendere*, lesen will; worüber schon *Hermann Cannegierer*⁸⁸⁾ den Stab gebrochen hat. Die gemeine Lesart bedarf keiner Emendation, für ihre Richtigkeit streitet die Auctorität der Florentine, die Uebereinstimmung aller übrigen Ausgaben der Pandecten, und der Basiliken⁸⁹⁾, in welchen letztern der Sinn unserer Stelle ganz kurz auf folgende Art dargestellt wird: *Καλῶς ὁ*
δοκ.

82) Comm. ad L. 135. §. 3. D. de Verb. obligat.

83) Ad hanc L. 7. et ad L. 3. C. de condict. ob caus. dator. nr 4.

84) *E. Ant.* AUGUSTINUS Lib. IV. Emendation. cap. 17. (Tom. IV. *Thef. iur. Rom. Otton.* pag. 1554.)

85) *Vindicat. Legum anticriticar.* Cap. 14. (in *Ev. OTTONIS Thef. iur. Rom.* T. I. pag. 523. sqq.)

86) *Interpretat. receptar. iuris civ.* Lection. Lib. I. cap. 15.

87) *Commentar. ad Tit. Institut. Quib. alienare licet, vel non.* §. 1.

88) *Observation. iuris Rom.* Lib. II: cap. 7. pag. 172.

89) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 7. pag. 72.

κατασίγη συμφωνῆι, μὴ εἶναι τῷ χρωώτῃ πωλεῖν τὸ ἐνέχυρον, i. e.
Recte paciscitur creditor, ne debitori liceat pignus vendere. Es
 kommt also nur darauf an, ob der Vertrag, von welchem
 Marcian hier redet, wirklich ein Interesse für den Gläu-
 biger haben könne? Dies ist es nun freylich, wovon man
 sich so schwer überzeugen kann. Hieronymus de Oroz⁹⁰⁾
 verwirft zwar alle Aenderung der Lesart, erklärt, aber doch
 auch das Gesetz so, als ob der Vertrag ohne Wirkung
 sey. Er nimmt nämlich das Wort *ut* nicht für ein Ad-
 verbum, sondern im relativen Sinn für *ita ut*, so daß es
 auf *venditio* geht. Der Sinn der Worte: *nullam esse*
venditionem, ut pactioni stetur sey also der: es sey gar
 kein Verkauf denkbar, bey welchem das *pactum* gelten
 könne. Allein das Gezwungene dieser Erklärung, welcher
 auch die Basiliken widersprechen, leuchtet in die Augen.
 Wäre zu Marcians Zeiten dem dritten Besizer der Hy-
 pothek schon das *beneficium excussionis* zu Statten ge-
 kommen, so wäre dann freylich der Nutzen eines solchen
 Vertrags, vermöge welchen der Schuldner das Pfand nicht
 gültig verkaufen konnte, außer Zweifel gewesen. Denn
 der dritte Besizer, welcher vom Schuldner causam hat,
 würde sich wohl nicht auf diese Rechtswohlthat berufen
 können⁹¹⁾. Allein damals konnte ja der Gläubiger noch
 seine Hypothek nach Willkühr gegen den dritten Besizer
 verfolgen, ohne den Schuldner zuvor ausgeklagt zu ha-
 ben⁹²⁾. Dessen ungeachtet konnte doch auch schon zu Mar-
 cians

90) De spicibus iuris. Lib. II. cap. 3. nr. 7. pag. 109.

91) S. Westphals Pfandrecht im Nachtrage. S. 26.
 Rot. 227.

92) L. 19. D. Qui pot. in pign. L. 14. L. 24. Cod. de pignor.
 et hyp. L. ult. Cod. de obligat. et act. S. Fr. BALDUINUS

cians Zeiten der in Frage stehende Vertrag für den Gläubiger in mehr als einer Hinsicht ein Interesse haben. Denn da vermöge dieses Vertrags die Veräußerung des Pfandes nichtig ist, so geht auch, wie sonst geschehen seyn würde⁹³⁾, das Eigenthum nicht auf den Käufer über, und es kann daher der Gläubiger, wenn über das Vermögen des Käufers ein Concurs entstehen sollte, ein Separationsrecht exerciren, nicht zu gedenken, daß er sich auch schon gleich anfangs der Veräußerung widersetzen kann. Das pactum de non alienando, sofern es einem Veräußerungs-Contract angehängt wird, hindert zwar sonst, wie ich nachher zeigen werde, die Uebertragung des Eigenthums auf einen Dritten nicht, sondern verpflichtet bloß den Paciscenten, mit welchem der Vertrag geschlossen worden. Allein da es hier einem Geschäft angehängt wird, wodurch der Gläubiger ein auf der Sache selbst haftendes Recht erhält, welches ein jeder dritter Besitzer anerkennen muß, so afficirt das angehängte pactum, daß der Schuldner das Pfand nicht verkaufen soll, nun ebenfalls die Sache selbst, und es ist kein Wunder, daß es gegen den Dritten geltend gemacht werden kann⁹⁴⁾. Mehrere

de pignorib. et hypoth. cap. 14. und *Franc. Car.* / CONRADI
 Diss. de beneficio excussionis possessori hypothecae specialis non
 competente. *Helmst.* 1747. §. 3.

93) *L. 12. Cod. de distract. pignor.*

64) *S. VOET* Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 22. *Guil.*
VORNERIUS Antinomiar. pignor. §. 20. (in *CONRADI* Parergor.
 Lib. II. pag. 264.) *Ulr.* *HUBER* Eunomia Rom. ad L. 7.
 §. ult. D. de distr. pign. §. 5. pag. 744. sq. und *MARCKART*
 Interpretat. receptar. iuris civ. Lection. Lib. I. cap. 15.
 pag. 99.

re ⁹⁵⁾ fügen auch noch den Grund hinzu, daß das pactum de non alienando, wenn es mit dem Pfandschuldner geschlossen worden, den Gläubiger der Nothwendigkeit, das Eigenthum des Schuldners zu beweisen, überhebe, welcher er sich sonst bey der Verfolgung seines Pfandrechts gegen den dritten Besizer unterziehen müßte ⁹⁶⁾. Westphal ⁹⁷⁾ hat jedoch dagegen Verschiedenes erinnert, wovon in der Lehre vom Pfandrechte ein Mehreres. Es ist nun

2) noch ein anderer Fall denkbar, nämlich das pactum de non alienando kann auch von dem bisherigen Eigenthümer mit demjenigen seyn eingegangen worden, an welchen er sein Eigenthum veräußert. Hier ist der Vertrag gültig. Nicht nur Cajus sagt L. 48. D. de pactis ganz allgemein: In traditionibus rerum, quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est; sondern Justinian bestärkt dieses auch noch in der L. ult. Cod. de pact. inter emtor. et vendit, init. aus dem beigefügten Grunde: Cum etenim venditor vel alter alienator non alia lege ius suum transferre passus est, nisi tali fretus conventionem, quomodo ferendum est, aliquam captionem ex varia pati eum interpretatione? Justinian redet zwar nicht ausdrücklich von dem pacto de non alienando, sondern von dem Falle: Si quis ita paciscatur

95) Io. STECK Vindicat. Leg. anticriticar. cap. 14. BACHOV Tr. de pignorib. Lib. III. cap. 11. und HERT Diss. de pacto, ne dominus rem suam alienet. §. 15.

96) L. 15. §. 1. D. de pignor. L. 23. D. de probat. L. 6. Cod. Si aliena res pignori data sit.

97) Pfandrechte, im Nachtrage Rot. 227. C. 26.

tur in venditionis, vel alienationis contractu; *ut novo domino nullo modo liceat in loco vendito, vel alio modo sibi concesso, monumentum exstruere, vel alio modo humano iuri eum eximere*; und entscheidet über die Gültigkeit dieses Vertrags gegen die Zweifel einiger älterer Rechtsgelehrten⁹⁸⁾. Allein aus dem Grunde, den Justinian anführt: *Forſitan enim multum eius intererat, ne ei vicinus non ſolum, quem nollet, aggregaretur, ſed etiam, pro quo ſpecialiter erat interdictum*, erhellet deutlich, daß er auch das *pactum de non alienando* im Sinn gehabt habe, ſo wie es auch Pomponius *L. penult. D. de pact.* mit den von Justinian namentlich erwähnten Fällen in eine Claſſe ſetzt. Der angeführte Grund, keinen unangenehmen Nachbar zu bekommen, ſcheint wenigſtens auf das *pactum de non alienando* mehr zu paſſen, als auf die von Justinian angeführten Beiſpiele. Es fragt ſich nun aber noch

II. worin die Wirkung eines ſolchen *pacti de non alienando* beſtehe? Die Rechtsgelehrten ſind hierüber nicht einerley Meinung. Einige⁹⁹⁾ behaupten, es finde, wenn dem Vertrage zuwider gehandelt wird, nicht bloß eine perſönliche Klage gegen den Paciscenten, ſondern auch eine

dinge

98) Man vergleiche *L. 11. D. de relig.* mit *L. 61. D. de pactis* *S. Em. MERILLIUS* *Expoſit. in L. Deciſion. Iuſtin. Nr. XLVI.* pag. 127. und *GMELIN* *cit. Diſſ. §. 6—10.*

99) *Ant. MERENDA* *Controverſiar. iuris* *Lib. I. cap. 31. Ant. FABER* *de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXXVII. Err. 5. ſqq. Err. 10.* *HERT* *cit. Diſſ. §. 15—17. HOFACKER* *Princip. iur. civ. T. II. §. 891.* und *Ehibaut* *Syſt. des Pandectentrechts* *2. Th. §. 584.* Unter den alten Gloſſatoren waren *Rogertius* und *Martinus* dieſer Meinung.

dingliche Klage gegen jeden Besizer Statt. Denn man glaubt, dieses Pactum hindere die Uebertragung des Eigenthums. Andere ¹⁰⁰⁾ hingegen tragen Bedenken, dem pactum de non alienando diese Wirkung beizulegen, es ertheile, sagen sie, als ein pactum adjectum, bloß eine persönliche Klage auf Leistung des Interesse. Noch andere ¹⁾ wollen einen Unterschied machen, ob dieses Pactum bey dem Vertrage, oder der Uebergabe angehängt worden. In dem ersten Falle werde dadurch die Uebertragung des Eigenthums nicht gehindert, sondern nur eine persönliche Klage bewirkt. In dem letztern Falle hingegen, werde das Eigenthum nicht übertragen, die dem Vertrage zuwider veräußerte Sache könne daher vindicirt werden. Unter diesen verschiedenen Meinungen verdient unstreitig die zymte den Vorzug. Denn Erstens kann dieser Vertrag schon, als ein pactum adjectum, keine andere Klage, als welche aus dem Hauptcontract entspringt, hervorbringen. Eine dingliche Klage setzt ein dingliches Recht voraus. Aus Verträgen entspringt aber in der Regel nur ein persönliches Recht. Obligationum substantia sagt Paulus L. 3. *pr. D. de obligat. et act. non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.* So wie daher

100) 10. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. GMELIN cit. Diff. §. 13. sqq. Unter den Glossatoren Azo und Accursius.

1) Dies ist die Meinung des Vulgarus, welcher Sam. de COCCEJI ihr. civ. contr. Lib. II. Tit. 14. Qu. 37. bestimmt, aber schon von EMMINGHAUS ad Coccejum c. l. not. x. zur Genüge widerlegt worden ist.

daher durch den bloßen Vertrag kein Eigenthum übertragen wird, so wird auch dadurch die Uebertragung desselben nicht gehindert. Diese Meinung bestärken aber zweitens auch die Gesetze.

L. 75. D. de contrah. E. et V. Qui fundum vendidit, ut, si vendat, non alii, sed sibi distrabat; vel simile aliquid paciscatur: ad complendum id, quod pepigerunt, ex vendito agere poterit.

L. 21. §. 5. D. de act. emti et vend. Sed et si ita fundum tibi vendidero, ut nulli alii eum, quam mihi, venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alii vendideris.

L. 135. §. 3. D. de verbor. obligat. Ea lege donatum sibi esse a Seia seruum et traditum, ut ne ad fratrem eius, aut filium, aut uxorem, aut socrum perveniret, scripsit et haec ita stipulante Seia, spondit Titius, qui post biennium heredes relinquit Seiam et fratrem; cui ne serviret, expressum erat. Quaeritur, an Seia eum fratre et coherede ex stipulatu agere possit? Respondit, posse in id, quod eius interest.

L. 3. C. de condict. ob causam dator. Ea lege in vos collata donatio: ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet: vel ut donatori vel eius heredi condictio, si non fuerit conditio servata, quaeratur.

Diese Gesetze lassen gar keinen Zweifel übrig, daß, wenn dem Vertrage zuwider gehandelt wird, wodurch sich der Erwerber einer Sache verbindlich gemacht hat, die auf ihn

ihn übertragene Sache nicht zu veräußern, blos eine persönliche Klage auf Entschädigung gegen den Veräußerer angestellt werden könne. Wie könnte also eine Interessentklage Statt finden, wenn das Eigenthum nicht überginge? Es ist daher in der That unbegreiflich, wie diejenigen Rechtsgelehrten, welche in diesem Falle nicht blos eine persönliche Klage gegen den Veräußerer, sondern auch eine dingliche Klage gegen den dritten Besizer Statt finden lassen wollen, die ihrer Meinung so schmergerade entgegenstehende *L. 3. Cod. de condict. ob caus. dator* haben als Beweisstelle anführen mögen. Es muß ihnen ja bekannt seyn, daß der Eigenthümer seine Sache nicht *condicere* 2). Wie kann also die *rei vindicatio* mit einer *condictio*, ohne den offenbarsten Widerspruch, concurriren? 3) Ganz vergeblich berufen sie sich auf die Worte: *id efficit, ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet*. Denn dieß heißt offenbar nicht soviel, als das Eigenthum werde nicht übertragen. Das Gegentheil lehrt die im Gesetz dem Donator gestattete *condictio*, welche nur dem Nichteigenthümer zusteht. Daß die Veräußerung, des *pacti* ungeachtet, an sich nicht ungültig sey, lehren auch die *Basiliken* 4). Jene Worte sollen also blos den Sinn des Vertrags und den Willen des Donators,

2) *L. ult. in fin. D. Usufruct. quemadm. caveat.*

3) Nur aus Haß gegen Diebe und aus besonderer Begünstigung der Alimente lassen die Gesetze Ausnahmen zu. *S. §. 14. l. de actionib.* und *L. 1. Cod. de donat. quae sub modo.*

4) *Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 1. Const. 31. pag. 503.* Man sehe den 19. Th. dieses Commentars §. 821. *Nor. 30. S. 16. f.*

nators, so wie die letzteren die Rechtswirkung desselben ausdrücken. Der Sinn der Worte ist also folgender. Ist eine Schenkung unter der Bedingung errichtet worden, daß der Donator nicht befugt seyn solle, die Sache zu veräußern, so besteht die Wirkung dieses Vertrags darin, daß der Schenknehmer die Veräußerung gänzlich unterlasse; oder, wenn er die Bedingung des Vertrags nicht erfüllt, dem Donator oder dessen Erben, denen deshalb eine Condictio zusteht, das Interesse leiste, das heißt hier, den Werth der Sache ersetze⁵⁾. Die *L. ult. Cod. de rebus alien. non alienand.* kann dagegen nichts beweisen. Denn Justinians Absicht war hier nicht die Wirkung des Veräußerungsverbots, sondern nur den Begriff von der Veräußerung zu bestimmen. Drey Fälle werden jedoch ausgenommen, wo auch gegen den dritten Besizer eine Klage Statt findet, nämlich 1) wenn der Dritte wußte, daß die Sache, die er kaufte, wegen eines mit dem Verkäufer von dessen Auctor geschlossenen Vertrags nicht habe verkauft werden dürfen⁶⁾. 2) Wenn das *pactum de non alienando* auf eine solche Art geschlossen worden ist,

5) So erklären dieses Gesetz auch *Hub. CIPHANIUS Explanat. difficillior. LL. Cod. T. I. pag. 242 sq. Io. SICHARD Praelect. in Cod. ad L. 3. Cod. de condict. ob caus. dator. Reinh. BACHOVIVS Tr. de actionib. Disput. IV. Th. 19. pag. 148. sqq. Io. Jac. WISSENBACH Commentat. in Cod. ad L. 3. cit. Andr. FACHINAEUS Controvers. iuris Lib. XII. cap. 28. VAUDUS Variar. Quaest. Lib. I. Qu. 43. nr. 10. und GMELIN cit. Diff. §. 20. Vorzüglich ist jedoch noch zu vergleichen *Io. Balth. a WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 372.**

6) Hier haftet der Dritte wegen seines Dolus. *S. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 425.*

ist, daß wenn demselben zuwider gehandelt werden würde, das Eigenthum für nicht übertragen gehalten werden solle.⁷⁾ 3) Wenn sich der Verkäufer auf den Fall der Nichterfüllung des angehängten Vertrags eine Hypothek auf der Sache vorbehalten hat⁸⁾.

§. 977.

III. Kaufpreis. Wie wenn der Preis zum Theil in Gelde, zum Theil in andern Sachen besteht?

Das dritte wesentliche Erforderniß des Kaufs betrifft den Preis (*pretium*). Nam *emtionis substantia*, sagt Papinian *L. 72. pr. D. h. t. consistit ex pretio*. Dieser Kaufpreis muß nun in baarem Gelde, und zwar in einer bestimmten Summe bestehen. *Pretium in numerata pecunia consistere debet*, sagt Justinian §. 2. *I. h. t.* Wenn also Sache für Sache, oder zwar Geld für Waare, aber in keiner bestimmten Summe (in folle) gegeben wird, so ist das Geschäft kein Kauf, sondern ein Tausch⁹⁾. Es ist jedoch genug, wenn auf baar Geld gehandelt worden ist. Ist dieses geschehen, und es werden auch nachher, statt des bedungenen Preises, Sachen gegeben, so wird dadurch der Kauf nicht aufgehoben¹⁰⁾.

§ 2

Ist

7) STRYK *Cautel. contractuum. Sect. I. cap. 3. §. 32. et 33.*

8) WERNHER *Select. Obs. for. Tom. I P. II. Obs. 372. nr. 35.*
STRYK *c. l. §. 34.* HERT *Disf. de pacto, ne dominus rem suam alienet. §. 22.*

9) *L. 7. Cod. de rer. permutat. L. ult. D. de condict. causa data caus. non sec.*

10) *L. 144. §. 1. D. de div. reg. iuris. L. 21. § 4. D. de act. emti et vend. L. 9. Cod. de rescindenda vendit. L. 4. Cod. de evict.*

Ist aber theils auf baar Geld theils auf andere Sachen gehandelt worden, so kommt es zunächst auf die Absicht der Partheyen an, diese entscheidet, ob der Handel ein Kauf oder ein Tausch seyn soll ¹¹⁾. Ist diese aber nicht deutlich erklärt worden, so muß man im Zweifel unterscheiden, a) ob der größte Theil des bedungenen Preises in Gelde besteht. Hier ist der Handel als ein Kauf anzusehen ¹²⁾ Oder b) ob die Sachen, welche zu dem Preise sind zugelegt worden, diesen am Werthe übersteigen. Hier gilt das Geschäft als ein Tausch. Denominatur negotium eo, sagt LAUTERBACH ¹³⁾. quod praevalet, alterum, quod superatur, pro additamento habetur. Oder c) ob eben so viel an Gelde als Sachen für die Waare behandelt worden ist. Hier ist es streitig, wofür das Geschäft im Zweifel zu halten sey. Einige ¹⁴⁾ halten es für einen Kauf, andere ¹⁵⁾ für einen Tausch, noch andere

evict. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 22. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 40.

11) L. 34. D. de reg. iur. WERNHER Select. Observat. forens. Tom. II. P. IX. Obs. 60. und LAUTERBACH c. l. §. 39.

12) L. 6. §. 1. D. de act. E. et V. L. 79. D. h. t. VOET h. t. §. 22.

13) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 89.

14) HUBER Praelect. iur. civ. sec. Institut. Lib. III. Tit. 24. §. 8. WERNHER select. Observat. for. T. II. P. IX. Obs. 60. nr. 6. EMMINGHAUS ad Coccejii ius civ. contr. h. t. Qu. 20. not. v. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1904. Schibaut System des Pand. R. 2. Th. §. 857.

15) CARPZOV Iurisprud. for. P. II. Conflic. 32. Definit. 15. nr. 7. HOFF Comment. ad Instit. h. t. §. 2.

andere für einen von beyden verschiedenen Vertrag²⁶⁾. Die erstere Meinung ist wohl die richtigste. Denn daß der Tausch ein älterer Contract, als der Kauf, ist, hat auf die Entscheidung der gegenwärtigen Frage keinen Einfluß, wie schon Ludovici²⁷⁾ erinnert hat. Seit Einführung des Geldes hat sich alles geändert, seit der Zeit ist der Kauf gewöhnlicher, als der Tausch, und daher jener eher, als letzter im Zweifel zu vermuthen. Das Interesse dieses Unterschieds besteht hauptsächlich darin, daß der Tausch sofort das Eigenthum überträgt, wenn auch die Gegenleistung noch nicht erfolgt ist, welches hingegen beim Kaufe anders ist²⁸⁾. Bey letzterem geht auch die Gefahr der Sache schon vor der Uebergabe auf den Käufer über, aber nicht so im Tauschcontract²⁹⁾. Der Untere

16) *W e s t b a l* vom Kauf. §. 3.

17) *Doctrina Pand.* h. t. §. 9.

18) Man vergleiche *L. 4. Cod. de rerum permutat.* mit §. 41. *L. de rerum divis.* *S. Mich. God. WERNHER* Lectiff. Commentation. in *Pand.* h. t. §. 21.

19) Vergleiche §. 3. *R. h. t.* mit *L. ult. D. de condict. causa data causa non sec.* *WERNHER* c. 1. will zwar diesen Unterschied nicht anerkennen, und setzt die *L. 5. §. 2. D. de praescr. verb.* entgegen. Allein diese Stelle bemerkt nicht das Gegentheil. Beide Texte sind in Beziehung auf den Titel zu erklären, unter welchem sie stehen. Die *L. 5.* sagt nur, daß ich nicht mit der *actio praescriptis verbis* auf das Interesse klagen kann, wenn im Tauschcontract die zur Gegenleistung versprochene Sache durch Zufall zu Grunde gegangen ist. Allein dieses schließt die Zurückforderung des Gegebenen mittelst der *condictio causa data causa non secura* nicht aus, welche mir in der *L. ult. cit.* ausdrücklich gestattet wird. *S. Jos. Farnand, de RETZA* Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. 3. et. 4. (in *Thes. Meermaii.*

terschied, daß der Tausch, als ein ungenannter Contract, ein Reurecht giebt, welches hingegen bey dem Kauf, als einem genannten Contract, nicht Statt findet, fiel schon bey den Römern weg, wenn der Tausch mittelst einer Stipulation geschehen war ²⁰⁾, und ist heut zu Tage vollends unpractisch, da jeder Vertrag soviel gilt, als eine römische Stipulation.

§. 978.

Erfordernisse des Kaufpreises. 1) Pretium verum.

Der Preis muß jedoch 1) wahr und im Ernst festgesetzt seyn, d. i. eine Vergleichung des eigentlichen Werths ausdrücken, so daß er nicht nur als ein Kaufpreis gelten kann, sondern auch dafür angesehen werden soll. Er muß also nicht blos zum Schein (*dicis causa*), sondern in der Absicht, um einen wirklichen Kauf abzuschließen, seyn festgesetzt worden. Jenes geschieht, wenn entweder ein so geringer Preis bestimmt worden ist, der nach dem Verhältniß des Werths der Sache gar nicht als ein Preis gelten kann (*unus nummus*); oder wenn zwar ein dem Werth der Sache angemessener Preis versprochen worden, des Verkäufers Absicht aber gleich Anfangs war, daß der vorgebliche Käufer es nie bezahlen, sondern die Sache umsonst haben solle. In beyden Fällen ist das Geschäft kein Kauf, sondern eine Schenkung ²¹⁾.

Nam

Tom. VI. pag. 92. sqq.) und *10 Balth. a WERNHER Select. Observat. for. T. II. P. IX. Obs. 60. nr. 4.*

20) *L. 3. Cod. de rer. permutat. C. 10. Frid. WERNHER Disquisition. iurid. Collect. II. Vitsbergae 1730. pag. 14. sqq.*

21) *L. 26. D. h. t. L. 3. L. 9. Cod. eodem. L. ult. D. pro donato. L. ult. Cod. de donat. C. 10. D'AVEZAN Libr. contractuum*

Nam plus valet, quod agitur, quam quod simulate concipitur. Es treten daher hier die Grundsätze von Schenkungen ein. Z. B. die Nothwendigkeit der gerichtlichen Insinuation, wenn der Betrag des Werths die Summe von 500 Ducaten übersteigt, ferner die Eigenschaft der Wiederruflichkeit, wenn das Geschäft unter Ehegatten geschlossen worden ist²²⁾. Daß wegen eines bloß zum Schein bedungenen Preises keine Klage Statt finde, versteht sich von selbst²³⁾. Dadurch wird hingegen das

tractuum II. Tr. 1 §. *Ex eo vero* pag. 92. Ueber den Unterschied zwischen Kauf und Schenkung vergleiche man *Io. van NISPEN* Diff. ad Fragmenta, quae in Dig. ex Her. Modestini IX. libris Differentiar. supersunt. Cap. 9. Hatte der Verkäufer nicht die Absicht zu schenken, sondern der ganze Kauf ward bloß zum Schein geschlossen, so ist das Geschäft nichtig. L. 55. D. h. f. *Nuda et imaginaria venditio*, sagt *Paulus*, pro non facta est. Et ideo nec alienatio eius rei intelligitur. Eine andere Beschaffenheit hatte es mit der alten Mancipation, welche zwar auch nur, wie *Cajus Institution. Lib. I. Tit. 6.* sagt, eine imaginaria venditio war; allein zur feyerlichen Form bey mehreren Rechtsgeschäften vorgeschrieben war. Man vergleiche hier vorzüglich *Io. FINESTRES* Commentar. in Hermodeniani Epitom. iuris ad L. ult. D. pro donato. p. 593. sqq. *Io. Fern. de RETES* Miscellan Lib. I. cap. 18. (in *Meermani Thes. iur. civ.* Tom. VI. pag. 62. sq.) *Iac. CONSTANTINAEUS* Subtil. Enodation. Lib. I. cap. 15. (in *Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 508.) *POTHIER* Pand. Justin. Tom. I. h. t. Nr. XXIV. und *Westphal* vom Kauf §. 4. und 5.

22) L. 34. et. L. 36. §. 3. *Cod. de donat. L. 5. §. 5. D. de donat. int. vir. et uxor.* *S. Höpfner's* Commentar über die *Heinecc. Institutionen* §. 870.

23) L. 9. *Cod. h. t.* Si donationis gratis praedii factam venditionem traditio sequatur: actione pretii nulla competente, perficitur donatio.

das Wesen des Kaufs nicht aufgehoben, 1) wenn ich dem Andern die Sache aus Freundschaft unter dem wahren Werth verkaufe. Man nennt einen solchen Kauf einen Freundschafts Kauf, *venditio gratiosa* ²⁴⁾. Das Geschäft ist und bleibt hier zwar ein wahrer Kauf, wenn auch der Preis noch nicht einmal die Hälfte des wahren Werths betragen sollte. Allein der Kauf ist hier doch kein reiner Kauf, sondern mit einer Schenkung vermischt ²⁵⁾, welches darum zu bemerken ist, weil ein solcher Kauf angefochten werden kann, sofern die Gesetze keine Schenkung unter den Contrahenten gestatten, wie z. B. unter Eheleuten, oder ein Dritter, z. B. der Nocherbe wegen des ihm gebührenden Pflichttheils darunter leidet ²⁶⁾. Daher sagt Ulpian L. 38. D. h. t. *Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet. Totiens enim dicimus, in totum venditionem non valere, quotiens univversa venditio donationis causa facta est. Quotiens vero vi- liore pretio res, donationis causa, distrahitur, dubium non est, venditionem valere. Hoc inter caeteros: inter vi- rum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio*

24) S. Ferd. Christoph. HARPPRECHT Disp. de venditione gratiosa. *Tübingae* 1706. in EIU'S Dissertat. academ. Vol. I. Diss. XXIII. Io. Bern. FRIESEN Diss. de emtione venditione donationis causa. *Ienae* 1707. und Gottl. Euseb. OELTZE Diss. qua expenditur quaestio: an in venditione gratiosa ius protimiseos locum habeat? *Ienae* 1767.

25) L. 18. pr. D. de donat.

26) L. 1. §. 12. 13. 14. 15. et 16. D. Si quid in fraud. patroni. L. 7. D. Quae in fraud. creditor. E. Westphal vom Kauf. S. 153.

pretio viliorē, nullius momenti est ²⁷⁾. Es wird jedoch vorausgesetzt, daß der Verkäufer den Werth der Sache kenne, und auch die Absicht zu schenken ausser allem Zweifel sey. Denn ausserdem gilt auch das *minoris emere et vendere* unter solchen Personen, unter denen sonst die Geseze keine Schenkungen gestatten. Sine dubio, sagt Pomponius *L. 31. §. 3. in fin. D. de donat. inter vir. et uxor.* licet a viro vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi. 2) War anfangs von einer Absicht zu schenken keine Rede, so bleibt der Kauf ein wahrer Kauf, wenn auch in der Folge der Preis dem Käufer ganz oder zum Theil erlassen wird ²⁸⁾. Denn man beurtheilt jeden Contract nach seiner anfänglichen Verabredung ²⁹⁾. So wie nun die Bezahlung des Kaufgelbes nicht zur Perfection des Contracts gehört, sondern die Convention der Partheyen den Contract zur Richtigkeit bringt ³⁰⁾, so hebt auch die nachherige Erlassung des Preises das Wesen und die Gültigkeit des geschlossenen Contracts nicht auf ³¹⁾.

§. 979.

2) Pretium iustum.

Der Preis muß auch II. gesezmäßig seyn. Um dieses gehörig zu beurtheilen, kommt es darauf an, ob
der

27) Man sehe auch *L. 17. pr. D. ad SCtum Vellejan. L. 5. §. 5. De donat. inter vir. et uxor.*

28) *Arg. L. 5. D. Locati.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 22. Weisthal vom Kauf. §. 6.

29) *L. 8. D. Mand. L. 12. D. de SCto Macedon. L. 78. D. de Verbor. obligat.*

30) *L. 2. §. 1. D. h. t.*

31) *L. 9. Cod. h. t.*

der Preis der Waar vom Geseß bestimmt ist; oder blos durch Uebereinkunft der Partheyen festgesetzt wird. In dem ersten Fall darf der vom Geseß bestimmte Preis (*pretium legale*) von dem Verkäufer weder erhöht noch gemindert werden ³²). Denn über die gesetzliche Taxe muß streng gehalten werden ³³). Hat also der Verkäufer diese Taxe überschritten, so kann auch der Heller zurückgefordert werden, den der Verkäufer über die Taxe genommen hat ³⁴). Er darf aber auch die Waare nicht unter dem gesetzlichen Preis weggeben, damit er nicht alle Kundschaft an sich ziehe, und den übrigen Kaufleuten den Handel verderbe ³⁵). Wird der Preis durch Uebereinkunft der Partheyen bestimmt, (*pretium conventionale*) so ist er so lange für gesetzmäßig zu halten, als er keine Ver-

32) Ein Beyspiel einer solchen gesetzlichen Taxe enthält die Verordnung des Kaisers Justinian *L. 1. §. 5. Cod. de communi servo manumisso* und *L. 3. Cod. Commun. de legatis*, worin der Preis der Sklaven nach ihren mancherley Eigenschaften gesetzlich bestimmt ist. Eben so hatte die *Lex Sempronia* vom Jahre Roms 630. bestimmt, um welchen Preis das Getreide an die ärmere Volksklasse verkauft werden sollte. *S. Io. Melch. Gottl. BEBECKE Commentat. de frumentaria largitione et Legibus frumentariis. Mitavias 1775. 8. Cap. II. §. 19.*

33) Nach *L. 1. Cod. de episcop. audient.* und *Cap. 1. X. de emt. et vendit.* ist es sogar den Bischöfen zur Pflicht gemacht, darauf zu sehen, daß die Kaufleute ihre Waaren nicht übertheuern, Allein heut zu Tage gehört diese Sorge für den Policey-Magistrat. *S. BOEHMERI ius eccles. Protestant. Tom. II. Lib. III. Tit. 17. §. 9.*

34) *S. BERGERI Oeconom. iuris Lib. III. Tit. V. §. 6. Not. 4.*

35) *Christph. Lud. CRELL Exercit. iuris de pretio legali. Vitembergae 1756. § IV.*

Verletzung über die Hälfte enthält. Denn die Natur des Handels erlaubt es nicht, hier immer eine genaue Gleichheit zwischen dem Preis und dem Werthe der Sache zu beobachten. Daher sagt Paulus *L. 22. §. 3. D: Locati*. In emendo et vendendo *naturaliter* ³⁶⁾ concessum est, quod pluris sit, minoris emere; quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere ³⁷⁾. Es muß nur freylich der Verkäufer den Käufer nicht etwa durch betrügerisches Vorgeben besonderer Eigenschaften der Sache zu einem theueren Preise verleitet haben ³⁸⁾. Außerdem ist hier nur der Preis ungerecht, welcher noch nicht einmal der Hälfte des wahren Werths der Sache gleichkommt ³⁹⁾, wie künftig Tit. V. de rescindenda venditione weiter ausgeführt werden wird.

§. 980.

3) Pretium certum.

Der Preis muß endlich III. auch gewiß seyn. Er wird dieses entweder 1) durch unmittelbare Bestimmung der Parteyen, oder mittelbar 2) durch Beziehung auf eine andere Quantität. Z. B. ich verkaufe die Sache um den Markt- oder Ladenpreis, oder welchen der Verkäufer oder sein Erblasser dafür bezahlt hat, oder der Käufer verspricht soviel am Preise zu bezahlen, als er noch baares Geld

36) Id est, secundum naturam et substantiam huius contractus.

S. CRELL cit. Diff. §. 3.

37) *L. 13. §. 4. et 5. D. de act. E. et V.*

38) *L. 16. §. 4. D. de minorib. Nov. 97. cap. 1.*

39) *L. 2. et 8. Cod. de rescind. vendit.*

Selb in seinem Kasten hat, oder so hoch er die Sache wieder verkaufen werde. In allen diesen Fällen ist der Preis gleich gewiß, wenn nur die Quantität, worauf sich die Contrahenten bezogen haben, an sich bestimmt und gewiß ist. Denn giebt diese, bey geschעהer Untersuchung, keinen gehörigen Werth an die Hand, so zerschlägt sich der Handel ⁴⁰).

L. 7. §. 1. D. h. t. Huiusmodi emptio: Quantitatum emisti, quantum pretii in arca habeo, valet: nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione; magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est.

L. 7. §. 2. D. eodem. Si quis ita emerit: et mihi fundus emptus centum, et quanto pluris eum vendidero, valet venditio, et statim impletur: habet enim certum pretium, centum: augebitur autem pretium, si pluris emptor fundum vendiderit.

L. 37. D. eodem. Si quis fundum iure hereditario sibi delatum ita vendidisset, erit tibi emptus tanti, quanti a testatore emptus est; mox inveniatur non emptus, sed donatus testatori: videtur quasi sine pretio facta venditio. Ideoque similis erit sub conditione factae venditioni: quae nulla est, si conditio defecerit.

Die Contrahenten können 3) die Bestimmung des Preises auch in eines Dritten Ermessen stellen. Hier kommt es aber darauf an, ob der Dritte eine gewisse oder ungewisse Person ist. 2) Haben die Contrahenten sich blos dahin vereinigt, daß ein Dritter unpartheyischer Sach-

40) S. Westphal vom Kauf. §. 150 — 152.

Sachverständiger den Preis bestimmen solle, ohne jedoch einen zu nennen, so ist der Kauf so gut, als nicht geschlossen. So entscheidet Cajus bey dem Pachtcontract, *L. 25. pr. D. Locati*, wo er sagt: *Si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur*; und eben dieses muß auch bey dem Kaufcontract gelten, da hierin nach Justinians Verordnung *L. ult. Cod. h. t. in fin.* zwischen Kauf und Pacht kein Unterschied seyn soll⁴¹⁾. Nur bey dem Pfandcontract gilt die Verabredung, daß, wenn die Schuld nicht zur bestimmten Zeit bezahlt seyn würde, dem Gläubiger das Pfand für einen sodann zu bestimmenden billigen Preis käuflich verbleiben solle, als ein bedingter Kauf⁴²⁾. Denn hier ist der Kauf nur als Neben-Contract anzusehen, und besteht durch die Gültigkeit des Hauptcontracts⁴³⁾. b) Haben hingegen die Contrahenten eine Person gerannt, welche den Preis bestimmen soll, so lassen sich wieder zwey Fälle gedenken. 1) Der Dritte will oder kann den Preis nicht bestimmen. Hier war es unter den alten Römischen Rechtsgelehrten streitig, ob dennoch der Kauf gelte, oder ungültig werde⁴⁴⁾. Die

S a b l e

41) *S. Ger. NOODT* Commentar. ad *Dig. h. t. §. Dixi* p. 389. und *Io. VOET* Comm. ad *Pand. h. t. §. 23.*

42) *L. 16. §. ult. D. de pignorib.*

43) *NOODT* cit. loc. und *Arn. VINNIUS* Comment. ad *§. 1. I. h. t. nr. 4.*

44) *S. NOODT* c. 1. pag. 390. *Emund. MERILLIUS* Exposit. in *L. Decision. Iustin. Nr. VII. Ev. OTTO* Comm. ad *§. 1. I. h. t. Franc. BROEUS* Exposit. in *Iust. Institut. ad eund. §. h. t. nr. 2.* und *Gotfr. MASCOV* Diatr. de *Sectis Sabinianor. et Proculianor. Csp. IX. §. 6. pag. 188.*

Sabinianer behaupteten, der Kauf bestehe dennoch. Denn es komme ja hier nur auf ein billiges Ermessen an, dieses könnte jeder andere Sachverständiger ergänzen. Man müsse also annehmen, die Contrahenten hätten die Bestimmung des Preises mehr auf das *arbitrium boni viri*, als gerade auf das Ermessen desjenigen gestellt, den sie genannt haben. Sie läugneten daher, daß ein solcher Kauf bedingt geschlossen sey; sie läugneten, daß hier der Preis ungewiß sey, *quia nec mora nec conditio inest viri boni arbitrio* 45). Spuren dieser Meinung äussern sich *L. 7. h. t.* und *L. 22. §. 1. D. de div. reg. iuris*. Anderer Meinung waren die Prokullianer. Diese hielten den Kauf, du sollst die Sache für den Preis bekommen, den Titius bestimmen wird, für einen bedingten, dessen Bedingung nicht erfüllt sey, wenn Titius den Preis nicht hätte bestimmen wollen, oder können. Der Kauf sey also nichtig eben so, als wenn gar kein Preis bestimmt worden. Spuren dieser Meinung finden sich *L. 75. D. Pro socio. L. 25. D. Locati*. Justinian hat diese Controvers nach der Meinung der Prokullianer entschieden *L. ult. Cod. h. t.* welche folgendergestalt lautet.

Super rebus venundandis, si quis rem ita comparaverit, ut res vendita esset, quanti Titius aestimaverit, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus, quam decidentes sancimus, cum huiusmodi conventio super venditione procedat, quanti ille aestimaverit, sub hac conditione stare venditionem, ut siquidem ipse, qui nominatus est, pretium definierit, omnimodo secundum aestimationem eius, et pretia

45) *L. 1. §. 1. D. de legat. 2.*

tia persolvi, et venditionem ad effectum pervenire, five in scriptis five sine scriptis contractus celebretur: scilicet si huiusmodi pactum, cum in scriptis fuerit redactum, secundum nostrae legis definitionem per omnia completum et absolutum sit. *Sin autem, vel ipse noluerit, vel non potuerit pretium definire: tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto: nulla conjectura (immo magis divinatione) in posterum servanda, utrum in personam certam, an in boni viri arbitrium respicientes, contrahentes ad haec pacta venerint: quia hoc penitus impossibile esse credentes, per huiusmodi sanctionem expellimus. Quod etiam in huiusmodi locatione locum habere censemus.* 2) Hat hingegen der Dritte den Preis bestimmt, so müssen sich die Contrahenten diese Schätzung gefallen lassen, und der Kauf muß darnach vollzogen werden. Wie aber, wenn der Dritte einen unbilligen Preis bestimmt haben sollte? Fast sollte man glauben, daß nach den Worten der angeführten Verordnung: *omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi, et venditionem ad effectum pervenire, sancimus*, hierauf gar keine Rücksicht genommen werden solle. Es soll ja auch kein arbitrium boni viri den Mangel der Entscheidung ersetzen, wenn der Dritte den Preis nicht bestimmt hat; wie sollte also die wirklich erfolgte Schätzung des Dritten durch ein herbegezogenes arbitrium boni viri wieder aufgehoben, und der auf solche Art zur Perfection gekommene Contract wieder vernichtet werden können? Allein alle diese Zweifel hat schon Gerhard Noodt ⁴⁶⁾ hinlänglich gehoben. Es war nicht Justinians

46) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Alterna quaestio*. pag. 390. sq.

nians Absicht, diese Frage hier zu entscheiden. Es läßt sich daher auch nicht annehmen, daß er die hierauf sich beziehenden ältern Verordnungen des röm. Rechts durch seine Verordnung, welche nur eine alte Controvers unter den römischen Juristen entscheiden sollte, habe aufheben wollen. Der Arbitrator tritt hier an die Stelle der Partheyen. Es kann daher die von demselben geschätzte Schätzung keine andere Wirkung haben, als wenn der Preis durch Uebereinkunft der Partheyen wäre bestimmt worden. Eosern also in diesem Falle die Contrahenten sich über erlittene Verletzung beschweren können, muß ihnen auch ein gleiches Recht zustehen, wenn sie durch die Schätzung eines Dritten verletzt worden sind. Denn ihre Absicht war gewiß keine andere, als daß der Dritte einen billigen Preis bestimme. Es braucht auch nicht einmal immer eine Verletzung über die Hälfte vorhanden zu seyn, wenn der Würderer einer Bestechung oder sonstigen Collusion mit dem einen Theile überführt werden kann⁴⁷⁾. Die Regel, welche Paulus *L. 79. D. pro socio* giebt: *Si arbitrium ita pravam est, ut manifesta iniquitas eius appareat; corrigi potest per iudicium bonae fidei*, findet daher hier allerdings Anwendung, da sie Paulus nicht bloß bey dem Societäts-Contract, sondern auch *L. 77. D. eodem* auf den Miethcontract anwendet. Da übrigens der Kauf in dem Falle, wo ein Dritter den Preis bestimmen soll, von der Bedingung, daß diese Schätzung annoch erfolge, abhängt, so ist zwar

der

47) S. HUBERI Praelect. iur. civ. ad Institut. h. t. §. 6. Ehbaut Syst. des P. Rechts I. B. §. 155. S. auch den 6. Th. dieses Commentars §. 474.

der Kauf bis dahin in Absicht auf das Object noch unvollkommen; es ist jedoch jeder Contrahent verbunden, diese Würderung abzuwarten, und kein Theil darf also von dem Contract zurücktreten. Verschieden davon ist der Fall, wenn die Bestimmung des Preises in die Willkühr eines der Contrahenten gestellet wird, z. B. der Verkäufer sagt zum Käufer, gib mir für die Sache, so viel du willst, oder was du für billig hältst, oder so viel du glaubst, daß die Sache werth sey. Hier ist der Handel unverblindlich. Denn er könnte ja von der einen Parthey nach Willkühr unnütz gemacht, und der andere Theil nach Belieben herumgeführt werden. Cajus sagt dieses auch ausdrücklich L. 35. §. 1. D. h. t. *Illud constat, imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: Quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emtum.* Hierzu kommt, was die Kaiser Diocletian und Maximian L. 13. Cod. h. t. rescribirt haben: *In vendentis, vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est; idcirco dominus invitatus ex huiusmodi conventionem rem propriam, vel quilibet alius distrahere non compellitur.* Gleichwohl sind viele Rechtsgelehrten ⁴⁸⁾ anderer Meinung. Sie halten den Kauf auch in diesem Falle für gültig. Wenn nämlich

der

48) Gerh. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Opportet.* pag. 388. sq. Barth. CRESIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 20. nr. 8 — 10. Hug. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIII. cap. 1. §. *Quid tamen.* Ge. Ad. STRUV Evolution. controversiar. iuris h. t. Th. 19. und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1905. not. b.

der Käufer sich zu keinem billigen Preise verstehen wolle, so trete das *arbitrium boni viri* ein, und der Preis sey nach der Billigkeit zu bestimmen. Man beruft sich auf den Ausspruch Ulpian's, welcher *L. 22. §. 1. D. de div. reg. iur.* sagt: Generaliter probandum est, ubicunque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius conditio, *pro boni viri arbitrio hos habendum esse.* Nach dieser Meinung soll also Cajus in der oben angeführten Gesetzstelle blos vom dem Falle zu verstehen seyn, wenn der Käufer die ihm angebotene Bedingung des Kaufs nicht angenommen hat. *Imperfectum esse negotium* heiße also hier nicht soviel, das Geschäft sey ungültig, sondern die Perfection desselben hänge von der Bedingung ab, daß die Bestimmung des Preises noch erfolge. Nun glaube ich zwar selbst, daß der Handel dadurch gültig werde, wenn sich der Käufer zu einem billigen Preise versteht. Allein daß in dem entgegengesetzten Falle ein *arbitrium boni viri* eintrete, und dadurch der Handel seine Perfection und Verbindlichkeit erhalten könne, streitet offenbar gegen die *L. ult. Cod. h. t.* nach welcher der Mangel des eigenen Ermessens desjenigen, dem die Bestimmung des Preises überlassen worden ist, durch kein *arbitrium boni viri* ergänzt werden, sondern der ganze Handel nicht gelten soll, weil es hier an einem wesentlichen Erforderniß des Kaufs, nämlich an der Bestimmung des Preises, fehlt. Durch diese neuere Verordnung ist daher, wie auch Gothofredus⁴⁹⁾ ganz richtig bemerkt, der *L. 22. §. 1. D. de reg. iur.* derogirt worden.

49) Commentar. in Tit. Pand. de div. reg. iuris. ad L. 22. §. 1. cit. pag. 97.

den. Mit mir stimmen hierin die meisten Rechtsgelehrten überein ⁵⁰).

§. 981.

Bestimmung des Preises bey solchen Sachen, die aus mehreren Quantitäten bestehen.

Werden Sachen verkauft, die aus mehreren Quantitäten bestehen, es seyen fungible, oder auch nicht fungible, z. B. Acker, die aus mehreren Hufen Landes bestehen, so kann der Preis auf zweierley Art bestimmt werden.

1) Es wird für jede einzelne Quantität ein Preis bestimmt. Dies heißt ein Kauf nach Zahl, Maas oder Gewicht, *emtio* oder *venditio ad mensuram*. 2) Es wird nur ein Preis überhaupt für das Ganze bedungen. *Emtio per averfionem* ⁵¹), *venditio ad corpus*, ein

§. 2

Kauf

50) *Iac. CUIACIUS* Recitat. solemn. ad h. Tit. Cod. *Ant. FABER* Rational. in Pand. ad L. 35. §. 1. D. h. t. *Io. D'AVEZAN* Contractuum lib. II. Tract. 1. §. *Quid si*. p. 91. sq. *Io. VOET* Comm. ad Pand. h. t. §. 23. in fin. *Io. Ortow. WESTENBERG* Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 40. *LAUTERBACH* Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 49. *Sam. de COCCEJI* iur. civ. contr. h. t. Qu. 24. *Car. Frid. WALCH* Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. IV. membr. IV. §. 11. *Westphal* vom Kauf §. 147. und *CÜNTHER* Princip. iuris Rom. Tom. II. §. 956. not. k.

51) *L. 62. §. 2. D. h. t. L. 4. §. 1. D. de periculo et comm. rei vend.* Einige wollen in diesen Stellen statt *averfione* lieber *adverfione* lesen, z. B. *ALCIATUS PATERGOF.* iuris Lib. VI. cap. 28. und *Henr. a SUERIN* Repetitar. Lection. iuris civ. cap. 28. (in *Thef. Otton.* Tom. IV. pag. 45.) Allein es ist kein Grund vorhanden, von der Florentinischen Lesart abzugehen. *S. Guil. BEST* Ratio emendandi leges. Cap. VIII. §. 4.

Wie

Kauf in Bausch und Bogen. In dem erstern Falle muß der Käufer für soviel Quantitäten den Preis bezahlen, als sich bey der Zuzählung oder Zumessung finden.
Fin.

Wie man sich aber diese Benennung recht erklären solle, ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Man vergleiche *Iac. CUVACIUS* Observat. Lib. VIII. cap. 15. *Ant. AUGUSTINUS* Emendation. Lib. III. cap. 6. *Iac. RAEVARDUS* Varior. Lib. II. cap. 7. *Franc. CONNANUS* Commentar. iur. civ. Lib. VII. cap. 10. *Em. MERRILLIUS* Observation. Lib. VI. cap. 25. *Ulr. MÜLLER* Digression. Iustin. P. II. Lib. II. cap. 8 — 11. und *Car. Andr. DUCKER* Opusc. de Latinitate Ictor. veterum. pag. 437. Die meisten leiten dieses Wort von *avertere* her, und erklären den Namen *emptio per aversionem* daher, weil der Verkäufer durch einen solchen Kaufhandel sogleich alle Gefahr von sich abwende, und auf den Käufer übertrage. Allein dieses geschieht ja auch, wenn eine einzelne Sache gekauft wird, und das Object so bestimmt ist, daß es auf kein weiteres Zumessen oder Zuzählen ankommt. Daher sagt auch *Cajus* L. 35. §. 5. *D. h. t.* Si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantumcunque esset, uno pretio venierit, idem iuris est, quod in caeteris rebus. Es läßt sich also wohl auf diese Art jene Benennung nicht erklären. *ROTHIUS* in Pand. Iustin. T. I. Lib. XVIII. Tit. 6. Nr. XI. not. 3. sagt: Venditio fieri, dicitur *aversione*, quasi ab *aversis*, id est, parum attente considerantibus. Ich übergehe andere Erklärungen, die noch unwahrscheinlicher sind, und bemerke nur noch, daß die Griechen in den *Basiliken* den lateinischen Ausdruck verschiedentlich übersezen, bald *ἐν ὀμαδί*, id est, in *universo*, bald durch *κόρρυ* i. e. *alea*, auf gut Glück kaufen. Es läßt sich also hierüber durchaus nichts mit einiger Wahrscheinlichkeit bestimmen. Außer den Römischen Juristen haben die klassischen Auctoren diesen Ausdruck in der hier vorkommenden Bedeutung nicht gebraucht.

Findet sich eine größere Quantität, als der Verkäufer angegeben hatte, so muß der Käufer nachzahlen. Findet sich hingegen eine geringere Zahl, so bezahlt er am Kaufgeld soviel weniger, als der Defect beträgt⁵²⁾. So lehrt Paulus L. 40. §. 2. D. h. t. Qui agrum vendebat, dixit, fundi iugera decem et octo esse: et quod eius admensum erit, ad singula iugera certum pretium stipulatus erat: viginti inventa sunt, Pro viginti debere pecuniam respondit. In dem andern Falle hingegen, wenn der Kauf in Bausch und Bogen geschlossen worden ist, zahlt der Käufer nicht mehr, als das versprochene Kaufgeld: der Verkäufer liefert aber auch nicht mehr, als das Ganze beträgt, es enthalte mehr oder weniger, als der Käufer erwartet hatte⁵³⁾. Es wäre denn, daß der Verkäufer eine gewisse Zahl von Quantitäten angegeben hätte. Diese muß er alsdann gewähren, er mag sich bestimmt dazu anheischig gemacht haben, oder nicht. Findet sich nun bey der Ausmessung diese Zahl nicht, so geht vom Kaufgelde verhältnismäßig so viel ab, als das Fehlende beträgt. Findet sich hingegen mehr, so ist dieses ein Vortheil für den Käufer, wofür er nichts nachzahlen darf. Der Unterschied, den hier viele⁵⁴⁾ machen, ob eine Zahl von

52) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 33.

53) S. Joh. Ehrst. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bem. 21.

54) Außer unserm Verfasser s. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 31. et 32. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCVI. medit. 6. et 7. Westphal vom Kauf §. 163. Höpfner Commentar über die Institutionen §. 869. Ebt-
baur System des Pand. N. 1. Band §. 156. LUDOVICIA
Usu pract. Distinction. iuridicar. h. t. Dist. 4. unterscheidet so-
gar

von Quantitäten bloß beyläufig, als ohngefähre Schätzung, (*demonstrative* s. *demonstrationis gratia*) angegeben, oder ob sie als gewiß vorhanden versichert worden sey, (*restrictive* s. *modificative* s. *taxationis gratia*), ist in den Gesetzen nicht gegründet. Diese wollen schlechthin, daß der Verkäufer das prästire, was er gesagt hat. Folgende Gesetzstellen werden uns hiervon überzeugen.

L. 2. pr. D. de act. E. et V. Si in emtione modus dictus est, et non praestatur, ex emto est actio.

L. 4. §. 1. D. eodem. Si modus agri minor inveniatur, pro numero iugerum auctor obligatus est.

L. 6. pr. D. eodem. Tenetur ex emto venditor, etiamsi agnoverit⁵⁵⁾, minorem fundi modum esse.

L. 38.

gar zwischen emtio *demonstrative*, *restrictive* und *modificative* facta. Erster e nennt er diejenige, da zuerst des Ganzen Erwähnung geschehen, und bloß beyläufig eine Quantität angegeben worden ist. *B. B.* Es verkauft A. dem B. allen in seinem Keller vorjezt befindlichen Wein, welcher etwa 12. Eymmer austragen wird. Die andere, wenn gleich Anfangs auf eine bestimmte Quantität gehandelt worden. *B. B.* es verkauft A. dem B. 12. Eymmer Wein, welche ihm aus seinem Keller geliefert werden sollen. Die letztere, wenn sich bey dem Verkaufe des Ganzen der Verkäufer zu einem gewissen Raase verpflichtet hat. *B. B.* er stehe dafür, daß der verkaufte Wein zum wenigsten 12. Eymmer betrage.

65) So liest die Laurellsche Ausgabe. Haloander und Baubozza hingegen lesen *ignoraverit*. Eben so Cod. Pand. Erlang. Dieser Lesart giebt auch POTHIER in Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. LXVIII. not. a. den Vorzug. Ant. FABER in Rational. in Pand. ad h. L. hat sie gleichfalls als die richtige Lesart angenommen. Allein DYNKERSHÖF in der Cödingi-

L. 38, pr. D. eodem. Si venditor hominis dixit, *peculium eum habere decem, nec quemquam ademturum*: et si plus habet, totum praestet; nisi hoc actum est, ut duntaxat decem praestaret: *si minus est, praestet esse decem*, et talem servum esse, ut tantum peculii habeat.

L. 69. §. 6. D. de evict. In fundo vendita cum *modus pronunciatus deest*, sumitur portio ex pretio: quod totum colligendum est ex omnibus iugeribus dictis ⁵⁶).

Mit Recht haben daher auch Cocceji ⁵⁷) und Puzendorf ⁵⁸) jenen Unterschied verworfen. Zwar scheint die *L. 13. §. 14. D. de act. emti et vend.* zu widersprechen. Hier sagt Ulpian: Si Titius fundum, in quo nonaginta iugera erant, vendiderit, et in lege emtionis dictum est, *in fundo centum esse iugera*, et, antequam modus manifestetur, decem iugera alluvione adcreverint, placet mihi NERATII sententia existimantis, ut, si

tingischen Ausgabe des Corpus iuris verteidiget die florentinische Lesart, und Balth. BRANCHU hat in Observation. ad ius Rom. Dec. I. Cap. 10. gezeigt, daß hier *agnoscere* für *ignorare* gebraucht sey. Denn *agnosco* sey verschieden von *adgnosco*. Jenes habe hier eine negative Bedeutung.

56) Die hier anzustellende Berechnung des Preises der einzelnen Quantität nach dem Preise des Ganzen beweiset, daß der Kauf ein Aversionalhandel war. WAECHTLER in Opuscul. iurid. pag. 166. erläutert diese Stelle auf folgende Art. Si fundus 50 iugerum emtus sit 100. aureis, et tantum 40. iugera reperiantur, pro 20 aureis tenebitur venditor. Quod enim sunt 10. iugera in modo fundi, qui dictus est, id sunt 20. aurei in pretio, quod conventum est.

57) Iur. civ. contr. h. t. Qu. 8.

58) Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. CXXXII. §. 3. et 4.

si quidem sciens vendidit, ex emto actio competat adversus eum, quamvis decem iugera adcreverint: quia dolo fecit, nec dolus purgatur. Si vero ignorans vendidit, ex emto actionem non competere. Nach diesem Gesetz scheint es nämlich, als ob der Verkäufer für das, was bey einem Aversionshandel an der angegebenen Zahl von Quantitäten fehlt, anders nicht haften dürfe, als wenn ihm ein Dolus zur Last fällt. Allein so ist es dennoch nicht. Das Grundstück hatte hier durch Alluvion einen Zuwachs erhalten, ehe es noch ausgemessen war. Hierdurch ward zwar das Fehlende hinlänglich ersetzt. Allein der Verkäufer konnte es doch dem Käufer nicht anrechnen, wenn er betrüglich eine größere Auzenzahl angegeben hatte, als der Acker enthielt. Er mußte hier sogar ehemals das Doppelte vergüten⁵⁹⁾. Befand er sich hingegen bey der angegebenen Zahl in einem Irrthum, so war nun durch den Zuwachs alles wieder gut gemacht. Denn diese Accession kann der Verkäufer darum anrechnen, weil der Verkauf vor der Zumessung noch nicht purificirt war, folglich ihm der Vortheil noch zu statten kam. Hieraus folgt aber nicht, daß der Verkäufer auch dann nichts hätte vergüten dürfen, wenn sich nicht alles so, wie hier, gefügt hätte. Denn die Unwissenheit

59) PAULUS *Sententiar. Receptar. Lib. 11. Tit. 17. §. 4.* Distracto fundo, si quis de modo mentiatur, in duplo eius, quod mentitus est, officio iudicis aestimatione facta convenitur. Diese Strafe fällt aber nach dem Justinianischen Rechte weg. S. GUJACIUS ad h. loc. und SCHULTING *Iurisprud. Antejust. pag. 293. not. 9.*

senheit des Verkäufers kann nur ihm, aber nicht dem Käufer Schaden⁶⁰⁾.

Ist übrigens auf Maas, Zahl oder Gewicht gehandelt worden, so ist zwar der Handel in Rücksicht der Einwilligung gleich verbindlich. Kein Theil darf sich daher den Kauf gereuen lassen, sobald die Contractanten über den Preis einig sind. Nur in Ansehung des Gegenstandes erhält der Kauf erst durch die Zumessung oder Zugählung seine Perfection, so daß nun erst die Gefahr auf den Käufer übergeht⁶¹⁾, wie aus folgenden Gesetzesstellen erhellet.

L. 35. §. 5. D. h. t. In his, quae pondere, numero, mensurave constant, (veluti frumento, vino, oleo, argento) modo ea servantur, quae in caeteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio: modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si ad mensura, adpensa adnumeratave sint.

L. 10. §. 1. D. de periculo et comm. rei vend. Fundi nomine emtor agere non potest, cum prius, quam mensura fieret, inundatione aquarum, aut chasmate, aliove quo casu pars fundi interierit.

Bey

60) *L. 1. §. 2. D. de aedilit. edicto. L. 11. §. 7. D. de act. E. et V. S. Ant. FABRI Rational. in Pand. ad L. 6. pr. et L. 13. §. 14. D. de act. emti et vend. und Mr. HUBERI Eunom. Rom. ad eund. L. 13. pag. 696. sq.*

61) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 35. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 24. und HOFAGGER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1903. in fin.

Bei einem Aversionshandel hingegen geht die Gefahr gleich auf den Käufer über, sobald beyde Theile über die Waare und den Preis einig sind. Denn sobald dieses geschehen ist, hat das Geschäft seine Perfection erreicht. Nur dann kommt es noch auf eine Ausmessung an, wenn der Verkäufer eine Quantität angegeben haben sollte. Denn da der Verkäufer dann auch diese gewähren muß, so hängt die Richtigkeit des Handels noch von der stillschweigenden Bedingung ab, wenn sich bey der Zumessung alles richtig finden wird. Hierher gehören folgende Gesetstellen.

L. 35. §. 5. D. h. t. Nam si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantumcunque esset, uno pretio venierit: idem iuris est, quod in caeteris rebus. Quod si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras; item oleum, ut in singulas metretas; item frumentum, ut in singulos modios: item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur: quaeritur, quando videatur emtio perfici. Quod similiter scilicet quaeritur et de his, quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. SABINUS et CASSIUS tunc perfici emtionem existimant, cum adnumerata, admensa, appensave sint: quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulas metretas, aut in singulos modios, quos quasve admensus eris: aut in singulas libras, quas appenderis: aut in singula corpora, quae adnumeraveris.

L. 35. §. 6. D. eodem. Ergo et si grex venierit, siquidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit: si vero in singula
cor.

corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus.

L. 4. §. 1. *D. de periculo et comm. rei venditae.* Si *aversio* vinum venit, custodia tantum praestanda est. Ex hoc apparet, si non ita vinum venit, ut degustaretur, — *omne periculum ad emtorem pertinere.*

L. 62. §. 2. *D. h. t.* Res in *aversione* emta, si non dolo venditoris factum sit, *ad periculum emtoris pertinebit*: etiam si res adsignata non sit.

§. 982.

Arrha, Angeld, Handgeld.

Bei Schließung eines Kaufs ist es sehr gewöhnlich, daß ein Theil dem andern Etwas giebt zum Zeichen und Beweis, daß der Handel abgeschlossen sey, oder noch erst völlig abgeschlossen werden solle. Man nennt dieses ein Angeld, Handgeld, Angabe, Daraufgabe, auch Haftgeld, oder Haftpfennig, *arrha* ⁶²⁾). Zur Perfection des Contracts ist dieses keinesweges nöthig, sondern es dient nur zum Beweis. *Emtio et venditio*, sagt *Justinian Pr. I. h. t. contrahitur, simulatque de pretio convenerit: quamvis ne arrha quidem data fuerit. Nam quod arrhae nomine datur, argumentum est emtionis et venditionis contractae.* Es wird auch das Handgeld nicht

62) S. *Wolfg. Ad. LAUTERBACH Tr. de arrha. Tub. 1657.*
Christ. THOMASII Diff. de arrhis emtionum. Halae 1708. Frid.
Ulr. PESTEL Diff. de arrha contractibus vulgo aditici solita.
Rinteli 1735. Io. Hartw. REUTER Diff. de arrha, pacto im-
perfecto, data. Halae 1747. DREYER Differentiae iuris Rom.
et Germ. in arrhis emtionum. Kilonii 1747.

nicht blos bey dem Kaufcontract gegeben, sondern es kommt auch bey andern Contracten vor. Man kann daher im Allgemeinen sagen, *ARRHA* sey dasjenige, es bestehe in Geld oder Geldeswerthe ⁶³⁾; was man seinem Paciscenten zum Zeichen eines mit ihm abgeschlossenen, oder noch abzuschließenden Vertrags giebt ⁶⁴⁾. Die *arrha* wird nun also entweder gegeben, ehe noch der Contract zu seiner Perfection gekommen ist, oder nach völlig abgeschlossnem Contract. In jenem Falle wird sie *arrha pacto imperfecto data*, im andern *arrha pacto perfecto data* genannt ⁶⁵⁾. Der Unterschied besteht nach dem Justinianischen Rechte darin. 1) Ist das Handgeld als Zeichen eines zwar schon verabredeten, aber noch nicht vollkommen verbindlichen Contracts gegeben worden, z. B. im Falle eines bedingten Kaufs, ehe noch die Bedingung erfüllt ist, oder im Falle der Contract schriftlich geschlossen werden soll, ehe noch die Schrift aufgesetzt, und von beyden Theilen unterschrieben ist; so verliert der

Con.

63) Die Römer pflegten häufig auch einen Ring zur *arrha* zu geben, wie aus *L. 11. §. 6. D. action. emti et vend.* erhellet. *Si annulus*, sagt daselbst *Ulpian*, *datus sit arrhae nomine*. S. auch *L. 5. §. 15. D. de instit. act.* Man behauptet, daß auch sogar unbewegliche Sachen eben sowohl zur *arrha* dienen, als sie verpfändet werden können. *C. LAUTZBACH* cit. *Diss. Th. 60.*

64) *GÜNTHER* in *Princip. iur. Rom. privati noviss.* Tom. II. §. 941. sagt sehr richtig: *ARRHAE NOMINE VENIT, QUOD DATUR QUASI SIGNUM OBLIGATIONIS PACTITIAE.*

65) Ohne Grund hat *THOMASIVS* in *Diss. cit.* diese Eintheilung bestritten. Er ist desfalls schon vom *REUTER* cit. *Diss. §. 27.* und besonders vom *Car. Adolph. LIMMER* in *Comm. de arrhis emtionum imperfectarum. Göttingae 1767.* zur Genüge widerlegt worden.

Contrahent, welcher sich weigert den Contract zur Richtigkeit zu bringen, die gegebene arrha, und hat er von dem andern Theile eine solche empfangen, so muß er, wenn er selbst keine gegeben hat, die empfangene arrha doppelt erstatten, wenn es auch gleich nicht ausdrücklich verabredet worden ist ⁶⁶).

L. 17. Cod. de fide instrumentor. Illud etiam adijcienes, sagt Justinian, ut in posterum, si quae arrae super facienda emtione cuiuscunque rei datae sunt, five in scriptis, five sine scriptis: licet non sit specialiter adiectum, quid super iisdem arrhis non procedente contractu fieri oporteat, tamen et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans, *in duplum* eas reddere cogatur, et, qui emere pactus est, ab emtione recedens, datis a se arris cadat, repetitione earum deneganda.

Pr. I. h. t. In iis autem, quae scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem constituimus, nisi et instrumenta emtionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta. — Donec enim aliquid deest ex his: et poenitentiae locus est, et potest emtor vel venditor sine poena recedere ab emtione et venditione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, *nisi iam arrharum nomine aliquid fuerit datum*: hoc enim subsequuto, five in scriptis, five sine scriptis, venditio celebrata est, is, qui

recu-

66) S. Ant. FABER de errorib. Pragmaticor. Dec. XCVI. Err. 6. et 7. Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Caetera pag. 386. Den heutigen Gebrauch dieser Grundsätze des Röm. Rechts vertheidiget mit Recht LAUTERBACH cit. Diss. Th. 104.

recusat adimplere contractum, si quidem est emtor, perdit quod dedit; si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum est.

Wird nun im Falle eines noch nicht vollkommen abgeschlossenen Vertrags eine arrha gegeben, so entsteht daraus ein eigener von dem Hauptvertrage ganz verschiedener Vertrag, welcher *pactum arrhale* genannt wird. Dieser Vertrag ist an sich ein verbindlicher Vertrag. Zwar wird dadurch das Wesen des Hauptvertrages nicht geändert. Dieser wird dadurch nicht klagbar. Allein aus dem pacto arrhali entspringt die alternative Verbindlichkeit, entweder den Hauptvertrag zu Stande zu bringen, oder sich der gesetzlichen Strafe zu unterwerfen. Aus diesem Vertrage entspringt daher auch eine persönliche Klage wider denjenigen, welcher die Vollendung des Haupthandels verweigert, auf Herausgabe der doppelten arrha.

L. 3. Cod. de action. Empti et Vend. Ex arrhali pacto personalis duntaxat actio paciscentibus praeparatur.

Es versteht sich, daß diese Klage nicht die aus dem Kaufcontract entspringende actio empti oder venditi seyn könne. Denn diese Klagen werden erst durch die Erfüllung des Contracts begründet; sondern es ist die *condictio ex Lege 17. Cod. de fide instrumentor* ⁶⁷⁾ wodurch nur der eigentlichen Contractsklage der Weg gebahnt wird, wie hier durch das Wort *praeparatur* angedeutet werden soll ⁶⁸⁾.

Wird

67) S. REUTER Diss. cit. §. 19. et §. 42. et 43. und PESTEL cit. Diss. §. 16.

68) S. Em. MERILLIUS Observation. Lib. VII. cap. 37. und Westphal vom Kauf. §. 668. Anders erklärt die *L. 3. Ant. FABER de Erroribus Pragmaticor. Dec. 96. Err. 5.*

Wird die Vollendung des Contracts durch zufällige Umstände gehindert, ohne daß dem einen oder dem andern Theile eine Schuld dabey zur Last fällt; so findet keine Strafe Statt, sondern die gegebene arrha kann mit der *condictio sine causa* zurückgefordert werden ⁶⁹⁾.

II. Ist hingegen ein Handgeld gegeben worden, nachdem der Handel vollkommen abgeschlossen war, so dient es zum Beweise, daß der Contract nun eine unumslößliche Verbindlichkeit habe. Es ist daher nun keinem Theile weiter erlaubt, von dem Kaufe wieder abzutreten, wenn er auch das Doppelte erstatten wollte ⁷⁰⁾.

L. 35. pr. D. h. t. Quod saepe arrhae nomine pro emtione datur, non eo pertinet, quasi sine arrha conventio nihil proficiat: sed ut evidentius probari possit, convenisse de pretio.

L. 6.

69) S. LAUTERBACH *Diff. cit. Th. 135. et 137.* und REUTER *Diff. cit. § 44.*

70) Anderer Meinung ist zwar die Glose *ad pr. I. h. t.* der auch SALICETUS, Io. SICHARD und BRUNNEMANN *ad L. 17. Cod. de fide instrum.* beystimmen. Allein BACHOV *ad Treutlerum Vol. I. Disputat. XXVIII. Th. 8. lit. B.* und FETTEL *cit. Diff. §. 4 — 7.* haben die Richtigkeit der Gründe dieser Meinung ganz klar vor Augen gestellt. Zwar hat LEYSER in *Meditat. ad Pand. Vol. IV. Spec. CCIV. medit. 1.* jene Meinung in Schutz genommen. Allein man sehe MÜLLER *Observat. pract. ad Leyserum Tom. II. Fasc. II. Obs. 424.* und der Gebr. Overbeck *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 6. Band Meditat. 343.* Man vergleiche auch WALCH *Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. IV. membr. IV. Subf. I. §. 16.*

L. 6. Cod. de resc. vendit. Non est probabilis causa, propter quam rescindi consensu factam venditionem desideras. Quamvis enim duplum offeras pretium emtori: tamen invitus ad rescindendam venditionem urgeri non debet.

Es kann indessen allerdings ausgemacht werden, daß wenn dem einen oder andern Theile der abgeschlossene Handel gereuen sollte, ihm frey stehen solle, gegen Verlust des gegebenen, oder gegen doppelten Erfaß des empfangenen Handgeldes von dem Contract wieder abzugehen. Hier wird dann die arrha als ein Neuf auf (multa poenitentialis) angesehen ⁷¹⁾. Doch wird dieses im Zweifel nie vermuthet, sondern die gegebene arrha ist immer eher für eine *confirmatoria* als für eine *poenitentialis* zu halten ⁷²⁾. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß wenn das Geschäft gehörig erfüllet und gänzlich vollzogen worden ist, das Handgeld zurückgegeben, oder auf das Kaufgeld abgerechnet werden muß ⁷³⁾. Eben so muß auch in dem Falle, wenn der Kauf mit gemeinschaftlicher Einwilligung wieder aufge-

71) *S. STRYK* Ul. mod. Pand. h. t. §. II. *Ant. FABER* c. l. Err. 8. und *Io. Aug. BACH* Diss. de multa poenitentiali in emtione venditione; in *SEIUS Opuscul.* Nr. X. pag. 386. sqq.

72) *S. Ant. SCHULTING* Thes. controversar. Decad. LXIII. Th. I. *Arn. VINNIUS* Comm. ad Pr. I. h. t. nr. 12. *Ev. OTTO* Comm. ad idem Pr. I. nr. 5. und *Höpfners* Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 744. a. E.

73) *L. 5. §. 15. D. de instit. act.* *L. 11. §. 6. D. de acc. emti et venditi.* *Iac. CUJACIUS* Observat. Lib. XI. cap. 17. *VINNIUS* Comm. ad Pr. I. h. t. nr. 8. *Io. VOET* Commentar. ad Pand. h. t. §. 85. *Westphal* vom Kauf §. 667.

aufgehoben, oder dessen Erfüllung durch Zufall gehindert wird, die arrha zurückgegeben werden. Die Klage in diesen Fällen ist die *condictio sine causa*, oder auch die Klage aus dem Kaufcontract⁷⁴⁾. Eine Realklage findet deshalb nicht Statt. Denn das Eigenthum der arrha war auf den Empfänger übergegangen⁷⁵⁾. War die arrha bloß zur Versicherung gegeben worden, daß der Kauf zur bestimmten Zeit pünctlich werde erfüllt werden, so verliert der Contractant, der Erfüllung ungeachtet, die gegebene arrha, welcher sich eines Verzugs bey der Erfüllung schuldig machte⁷⁶⁾. Wegen einer bloß versprochenen arrha giebt das römische Recht keine Klage, wenn der Hauptcontract noch unvollkommen war⁷⁷⁾. Allein da heutzutage jedes *pactum nudum* klagbar ist, so behauptet man nicht ohne Grund, daß das Versprechen einer arrha nach dem heutigen Recht eine Klage wirke⁷⁸⁾.

§. 983.

Verbindlichkeiten aus dem Kaufcontract 1) von Seiten des Verkäufers.

Aus dem Kaufcontract entstehen gegenseitige Verbindlichkeiten, welche eintreten, sobald der Contract zur Richtigkeit gekommen ist.

I. Der

74) *L. 11. §. 6. D. de act. E. et V. L. 2. Cod. Quando liceat ab emt. discedere.* S. Ant. FABER *de errorib. Pragmaticor.* Dec. 96. Err. 4. LAUTERBACH *cit. Diss. Th. 137. et 154.* REUTER *cit. Diss. §. 46.*

75) LAUTERBACH *Diss. de arrha Th. 91. und REUTER Diss. cit. §. 31. et 32.*

76) GÜNTHER *Princip. juris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 958. in fin.*

77) *L. 7. §. 4. D. de pactis.* REUTER *cit. Diss. §. 20.*

78) THOMASIIUS *cit. Diss. §. 83. und REUTER cit. Diss. §. 11.*

I. Der Verkäufer ist A. verpflichtet, die Sache dem Käufer zu übergeben, und zwar mit allen Zubehörungen, die er sich nicht besonders vorbehalten hat, wenn gleich derselben keine besondere Erwähnung geschehen ist ⁷⁹⁾, auch solche für sich kein Gegenstand des Handels gewesen wären. So z. B. geht mit dem verkauften Grundstück auch das daran haftende Patronatrecht auf den Käufer über, wenn auch dieses Recht, weil es die Verleihung eines geistlichen Amtes zum Zweck hat, nicht allein verkauft werden konnte ⁸⁰⁾. Dagegen kann der Käufer die zur Ernte reifen Früchte des Grundstücks nicht verlangen, wenn sie sich der Verkäufer ausdrücklich vorbehalten hat ⁸¹⁾. Außerdem gehören die Früchte des verkauften Grundstücks, welche zur Zeit des geschlossenen Kaufs von dem Verkäufer noch nicht eingeerntet waren, dem Käufer, als eine Zubehörung ⁸²⁾. Unter dem Wort Pertinenzen, Zubehörungen, versteht man hier alles, was sich als Nebensache bey einer andern Sache, welche die Hauptsache ausmacht, befindet, und bey derselben bleiben muß ⁸³⁾. Diese sind unter der *causa* mit begriffen, mit welcher die Sache auf den Käufer übergeht, wie sich Pomponius *L. 67. D. h. t.* ausdrückt ⁸⁴⁾. Zu die-

79) LEYSER *Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. 269. medit. 1.*

80) *Cap. 6. 7. 13. et 16. X. de iure patron. S. Paul. Ios. a RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. III. §. 710.*

81) *L. 40. §. 3. et 4. D. h. t.*

82) *L. 13. §. 10. D. de act. E. et V. L. 13. Cod. eodem. L. 44. D. de rei vindicat.* Eben dieses gilt auch bey Substitutionem. LEYSER c. 1. medit. 7.

83) S. den 8. Theil dieses Commentars §. 589. S. 250. ff.

84) S. Weiphal vom Kauf §. 115.

diesen Zubehörungen rechnet man 1) alles, was durch Wirkung der Natur mit der Hauptsache verbunden ist, als Bäume, Hecken, Gesträuche, Holzungen, Früchte, so lange sie davon nicht abgetrennt sind, auch die Vermehrung durch Alluvion⁸⁵⁾. 2) Alle Sachen, welche im rechtlichen Sinn als unbeweglich zu betrachten sind, im Verhältniß zu dem Grundstück, in welchem sie befestiget, oder zu dessen beständigem Gebrauche sie bestimmt sind. Von dieser Art der Pertinenzen ist schon an einem andern Orte⁸⁶⁾ ausführlicher gehandelt worden. Analogisch gehört dann auch alles hierher, was zu beweglichen Sachen in gleichem Verhältniß steht⁸⁷⁾. J. B. was zur Aufstellung oder Verwahrung einer beweglichen Sache angeschafft worden, wird für ein Zubehör derselben gehalten. Hierher gehören bey Bibliotheken, Münz- und Naturalien-Sammlungen die Repositorien, Schränke und andere Behältnisse; desgleichen bey Kostbarkeiten die Futterale⁸⁸⁾. 3) Die Gerechtigkeiten, welche zu einem Grundstück erworben worden sind, und auf demselben active ruhen, J. B. Servituten, die dem verkauften Grundstück zustehen⁸⁹⁾. Auch solche Gerechtigkeiten, welche bey dem

§ 2

Grund

85) L. 13. C. de act. emti et venditi. L. 17. §. 1. D. eodem, L. 7. pr. D. de peric. et comm. rei vend.

86) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 173. S. 524.

87) L. 44. D. de evict. S. Thibaut System des Pand. R. 1. Th. §. 265.

88) Arg. L. 59. §. 8. D. de legat. III. Allgem. Preuß. Landrecht. 1. Th. 2. Tit. §. 96. 97. u. 102. S. Dabelow Handbuch des heutigen gemeinen Röm. deutschen Privatrechts 1. Th. §. 82.

89) L. 47. 48. et 49. D. h. t.

Grundstück unentbehrlich sind, wenn es den bezweckten Nutzen haben soll, sind als Zubehörung desselben anzusehen und der Verkäufer muß sie dem Käufer einräumen, wenn er sie gleich im Kauf nicht ausdrücklich erwähnt hat. Z. B. der Käufer kann nicht anders zu dem gekauften Grundstück kommen, als wenn ihm der Verkäufer den Weg über sein eigenes Grundstück gestattet; so ist dieser Weg als stillschweigend mit verkauft anzusehen⁹⁰⁾. 4) Wirklich unbewegliche Sachen, als Mühlen, die zum Gebrauche eines Landguts erbauet sind, oder auch Ländereyen, die zu einem Hauptgute durch die Bestimmung des Eigenthümers sind geschlagen worden⁹²⁾. Dahingegen ist nicht zu den Pertinenzien zu rechnen a) was zwar zur Austesserung, Verschönerung, oder Vergrößerung eines Gebäudes, oder sonst um eines Grundstücks willen angeschafft, aber noch nicht dazu gebraucht und angewendet worden ist. (*Ruta caesa*)⁹²⁾. Z. B. Bauholz, Steine, Dachziegel, Weinpfähle, die noch nicht gebraucht, Wandtapeten, welche noch nicht angeschlagen sind. Hieran kann der Käufer keinen Anspruch machen. Ferner, b) was zwar in einem Grundstück befestiget, aber nicht zum ökonomischen Gebrauche desselben, sondern zum Behufe des besondern Gewerbes und gegenwärtigen wirthschaftlichen Ge-

90) L. 40. pr. D. h. t. Westphal vom Kauf. §. 132.

91) L. 21. D. de instructo et instrum. legato. L. 20. §. 7. D. eodem. S. KIND Quaestion. for. T. III. cap. 37.

92) L. 17. §. 5. 6. et 11. L. 18. §. 1. D. de act. emti et vend. L. 66. D. de contrah. emt. S. RÜTTMANN Diss. de rutis caesa Lipsiae 1776.

Gebrauche des Verkäufers⁹³⁾. c) Diejenigen Sachen, welche zwar einen ökonomischen Nutzen haben, aber doch in dem Grundstück nicht festgemacht sind, und auch zur Hauptsache nicht unumgänglich notwendig erfordert werden. Z. B. der Hausrath ist keine Zubehörung eines verkauften Hauses⁹⁴⁾. Der Käufer kann ihn daher nicht verlangen, wenn er ihm nicht ausdrücklich mit verkauft ist.⁹⁵⁾ Streitig aber ist es, ob nicht bey einem verkauften Landgute das instrumentum fundi⁹⁶⁾, das Wirtschaftsinventarium, als Pertinenz desselben anzusehen sey⁹⁷⁾? Die meisten Rechtsgelehrten⁹⁸⁾ stimmen jedoch für die verneinende Meinung, und diese ist auch wohl den Gesetzen gemäßer. Denn 1) setzt Ulpian *L. 17. pr. D. de act. emti et vend.* gerade darin einen vorzüglichen Unterschied zwischen *fundus* und *aedes*, daß zu dem erstern nichts gehört, nisi quod terra se tenet, hingegen bey einem Hause

93) *L. 17. pr. et. §. 7. D. de act. emti et venditi.* LEYSER Specim. CCIX. medit. 10.

94) *L. 14. D. de suppellect. legata.* verbunden mit *L. 6. pr. D. eodem.*

95) Westphal vom Kauf §. 135.

96) Was zum instrumentum fundi gehört, erklärt *L. 8. pr. D. de instr. et instrum. leg.* S. den 9. Th. dieses Commentars §. 633. S. 199. Not. 72. Man sehe noch *Car. Ferd. Schmid Diff. instrumento fundi. Viteb. 1806.* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Spec. 380.

97) S. SCHILTER *Prax. iur. Rom. Exerc. XXX. §. 120.*

98) LEYSER *Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XXVI. medit. 6.* und *Vol. III. Specim. CCIX. medit. 8.* Hommel *Pertinenz und Erbsonderungsregister. voc. Inventarium* S. 213. 2. WALCH *Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. IV. Membr. IV. Subl. I. §. 2. pag. 597.*

Hause Pertinenzien vorkommen können, quae aedibus adfixa non sunt. 3. B. die Schlüssel und Schlösser. Ganz diesem gemäß sagt daher 2) Pomponius L 21, D. de instructo et instrum. leg. Nulla ex his rebus, quae moveri possunt, paucis exceptis fundi appellatione continentur. Ja 3) Callistratus sagt es L. 14. D. de supellect leg. gerade zu: Fundo legato, instrumentum eius non aliter legato cedit, nisi specialiter id expressum sit⁹⁹⁾. Spricht nun gleich Callistratus hier nur von dem Vermächtniß eines Fundus, so ist doch kein Grund abzusehen, warum es bey dem Kaufe anders seyn sollte, da die Gesetze in Ansehung der Zubehörungen zwischen Kauf und Vermächtniß keinen Unterschied machen; wie aus L. 17, §. 2. D. de act. emti et vend. klar erhellet, wo Ulpian sagt: Fundo vendito vel legato, sterculinum et stramenta, emtoris et legatarii sunt: ligna autem venditoris vel heredis; quia non sunt fundi, tametsi ad eam rem comparata sunt. Durch diese Stelle erhält nun auch die oben angeführte Stelle aus Pomponius ihr Licht, wo er sagte, daß bewegliche Sachen, paucis exceptis, nicht zum fundus gehörten. Unter diese ausgenommenen Stücke sind 3. B. Stroh und Dünger zu zählen, welche sich auf dem verkauften oder vermachten Grundstücke zum Zweck der wirtschaftlichen Cultur desselben vorräthig befinden, nicht was zum Verkauf bestimmt ist. In sterculino

99) Das Gegentheil wird zwar in PAULI Sentent. Recept. Lib. III. Tit. 6. § 34. gelehrt, wo es heißt: Fundo legato, fundi instrumentum ad legatarium pertinet. Allein schon SCHULTING hat in Iurispr. Antejust. ad h. L. not. 75. pag. 363. bemerkt, daß man entweder non pertinet lesen, oder annehmen müsse, der Compiler habe hier den Paulus unrichtig excerptirt.

culino autem, fährt daher Ulpian weiter fort, distinctio Trebatii probanda est: ut, si quidem, *stercorandi agri causa* comparatum sit, *emtorem sequatur*; si vendendi, *venditorem*: nisi si aliud actum est. Nec interest, in stabulo iaceat, an acervus sit. Endlich 4) lehrt auch Papinian *L. 2, §. 1. D. de instr. et instrum. leg. Dotes praediorum*, quae graeco vocabulo ἐπιθήκας appellantur, cum non instructa legantur, legatario non praestantur; und versteht darunter nichts anders, als Inventarienstücke, welche bey einem vermachten oder verkauften Grundstück nicht mit auf den Käufer oder Legatar übergehen, wie Cornelius van Byntershōt ¹⁰⁰⁾ aus Columella ¹⁾ erwiesen hat. Solche Sachen müssen also ausdrücklich mit verkauft seyn, wenn sie der Käufer mit dem Grundstück erhalten soll ²⁾. Uebrigens verlieren Pertinenzien dadurch ihre Eigenschaft nicht, daß sie auf einige Zeit von dem Orte ihrer Bestimmung sind weggebracht worden, wenn es nur in der Absicht geschähe, um sie zu seiner Zeit wieder an Ort und Stelle zu bringen ³⁾. Ein Anders wäre, wenn sie in der Absicht wären weggenommen oder abgerissen worden, daß sie nicht wieder an ihre Stelle gebracht, und mit der Hauptsache verbunden werden sollen. Hierdurch hören sie auf, ein Pertinenz zu seyn. ⁴⁾ Wird darüber gestritten, ob eine Sache für eine Zube-

100) Observation. iuris Rom. Lib. VI. cap. 9.

1) Lib. IV. cap. 30.

2) *L. 40. §. 5. D. h. t. S. Westphal vom Kauf. §. 135.*

3) *L. 17. §. 10. et 11. D. de act. E. et V. L. 18. §. 1. D. eodem.*

4) Westphal a. a. O. §. 135. GÜNTHER Princip. iur. Rom. privati noviss. Tom. I. §. 182.

Zubehörung einer andern Hauptsache zu halten sey, so muß derjenige den Beweis übernehmen, der etwas als ein Pertinenz in Anspruch nimmt, so weit es nämlich hier auf eine Thatsache ankommt⁵⁾. Ist eine Sache immer mit einer andern Hauptsache für einen Preis verkauft, und in dieser Verbindung von den vorigen Besitzern besessen worden, so entsteht daraus eine Vermuthung für die Pertinenzqualität einer Sache⁶⁾.

§. 984.

Für welche Culpa haftet der Verkäufer?

Der Verkäufer muß ferner B. von der Zeit an, da der Contract zur Richtigkeit gekommen ist, die Sache vor Beschädigungen in Acht nehmen. Er haftet in dieser Rücksicht 1) für culpa levis, wenn durch Unterlassung der nöthigen Sorgfalt, die man von jedem vorsichtigen Menschen erwartet, die Sache deteriorirt wird. Für einen höhern Grad des Fleißes steht er nicht, so lange die Sache noch existirt, und tradirt werden kann. Denn beyde Theile haben gleichen Nutzen aus dem Contract. Dahingegen ist er 2) für jedes, auch das geringste Versehen verantwortlich, wenn die Sache durch seine Schuld verlohren oder zu Grunde geht⁷⁾. Die Gesetze sagen hier,

der

5) S. Sam. STAYK Diss. de probatione pertinentiarum; in Dissertat. Eiusd. Vol. ult. Nr. III. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 15. und Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. S. 292. f.

6) LUDOLF Observat. P. III. Obs. 245. und Val. Jo. BESELLIN Theor. gen. de pertinentiis. Goett. 1782. Cap. III. §. 22. f.

7) S. Jo. D'AVEZAN Contractuum libr. I. cap. 31. Fr. Schömann's Lehre vom Schadensersatz 1. Th. S. 122. ff. u. Egid. von Eöhr Beiträge zur Theorie der Culpa. S. 121. ff.

der Verkäufer müsse *custodiam plenam* prästiren. Von der Sache beweisen folgende Gesetze. 1) Daß der Verkäufer für *culpa levis* stehe, lehrt Ulpian *L. 5. §. 2. D. Commodati*. *Ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, et dolus et culpa praestatur* 8). Derselbe Ulpian macht zwar an einem andern Orte den Verkäufer nur für *dolus* und *culpa lata* verantwortlich. Er sagt nämlich *L. 2. §. 5. D. de hered. vel act. vend.* *Sed et si quid dolo malo eorum* (nämlich des Erbschaftsverkäufers, und dessen Erben) *factum est, quominus ad eos perveniat, et hoc emtori praestandum est. Fecisse autem dolo malo, quominus perveniat, videtur, sive alienavit aliquid, vel etiam accepto quem liberavit, vel id egit dolo malo, ne de hereditate acquireretur, vel ne possessionem adipisceretur, quam posset adipisci. Sed et si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur. Deperdita autem et deminuta sine dolo malo venditoris non praestabuntur.* Allein Ulpian redet hier von dem Verkauf einer Erbschaft, zu welcher, als einer *universitas iuris*, alles gehört, was nicht nur seit dem Tode des Erblassers auf den Verkäufer, als Erben, wirklich gekommen ist, sondern was auch derselbe noch hätte bekommen können, aber durch seine Schuld nicht bekommen hat. Z. B. er hat einem Erbschaftsschuldner die Schuldverbindlichkeit erlassen, oder er hat eine zur Erbschaft gehörige Sache zu vindiciren unterlassen, welche nun durch Verjährung von der Erbschaft abgekommen ist. Niemand wird läugnen, daß der Erbe, als Eigen-

gen

8) Man sehe noch *L. 23. D. de div. reg. iur. L. 108. §. 12. D. de legat. 1. L. 21. circ. fin. D. de heredit. vel act. vendita.*

genthümer, alles dieses thun, und geschehen lassen könne, so lange er die Erbschaft an keinen Dritten verkauft hat. Allein verkauft er nachher die Erbschaft, so muß dieses alles, was durch sein Verschulden von der Erbschaft abgekommen ist, dem Käufer vergütet werden. Denn er handelt unredlich, daß er ihm die Erbschaft als ein unvermindertes Ganzes verkauft. Der hier zu prästirende dolus und culpa lata des Erbschafts-Verkäufers geht also auf die Zeit vor dem Verkaufe⁹⁾, wie aus dem vorhergehenden §. 3. L. 2. cit. erhellet, wo Ulpian sagt: *Sed et rerum ante venditionem donatarum pretia praestari, aequitatis ratio exigit.* Nach dem Verkaufe muß auch der Verkäufer einer Erbschaft unstreitig culpam levem prästiren, weil dieses die Natur des Kaufs mit sich bringt. Von der Zeit an darf also der Verkäufer nichts mit der Sache unternehmen, was ein guter Hausvater nicht gethan haben würde. Labeo war zwar der Meinung, daß der Verkäufer für keinen Schaden stehe, wenn derselbe die Sache auch schon vor dem Verkaufe eben so zu behandeln pflegte, als er sie nachher behandelt hat, wenn auch ein Anderer die Sache auf die Art nicht gebraucht haben würde. Allein mit Recht hielt Paulus¹⁰⁾ diese Meinung für falsch. Er glaubt, es komme

9) *S. Ant. FABER* Rational. in Pand. ad L. 2. §. 5. 1). de heredit. vel act. vend. und *Westphal* vom Kaufe §. 840.

10) *L. 54. pr. D. de act. E. et V. (LABEO Lib. II. Pithanon)* Si servus, quem vendideras, iussu tuo aliquid fecit, et ex eo crux fit, ita demum ea res tuo periculo non est, si id imperasti, quod solebat ante venditionem facere, et si id imperasti, quod etiam non vendico servo imperaturus eras. PAULUS:

komme allein darauf an, ob der Verkäufer sich eines dolus, oder einer culpa schuldig gemacht habe. Diese fällt ihm aber allerdings zur Last, wenn er etwas gethan hat, was ein prudens et diligens paterfamilias nicht gethan haben würde. 2) Daß der Verkäufer auch für *custodia plena*, das heißt, für jedes auch das kleinste Verschehen hafte, wenn die Sache vor der Uebergabe verlohren oder zu Grunde geht, so daß also nur der reine Zufall ausgeschlossen ist, lehren folgende Gesetzstellen. a) L. 2. §. 1. *D. de periculo et comm. rer. vend.* CUSTODIAM autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum PLENAM, ut et *diligentiam* praestet: an vero dolum duntaxat, videamus? Et puto, sagt *Cajus*, *eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum, vel vis magna, sit excusatum.* b) L. 3. *D. eodem.* CUSTODIAM autem venditor talem praestare debet, *quam praestant hi, quibus res commodata est; ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.* Daß aber den Commodatar nichts als reiner Zufall

Lus: Minime: nam si periculosam rem ante venditionem facere solitus est, culpa tua id factum esse videbitur. Puta enim eum fuisse servum, qui per catadromum descendere, aut in cloacam demitti solitus esset. *Idem iuris erit, si eam rem imperare solitus fueris, quam prudens et diligens paterfamilias imperaturus ei servo non fuerit. — Itaque tota ea res ad dolum malum duntaxat, et culpam venditoris dirigenda est.* Dem Verkäufer war es hier allerdings als eine culpa zu rechnen, daß er den verkauften Sklaven zu einem gefährlichen Geschäft gebrauchte, da ihm nach dem Kauf keine freie Gewalt mehr über denselben zustand, wenn er ihn auch gleich vorher zu einem solchen Geschäft zu gebrauchen pflegte.

Zufall entschuldiget, lehrt. *L. 1. §. 4. D. de obligat. et action.* c) *L. 14. pr. D. de furtis.* Eum, qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem, *Celsus* scripsit. — Et sane periculum rei ad emptorem pertinet; dummodo *custodiam venditor ante traditionem praestet.* d) *L. 31. pr. D. de act. emti et vend.* Si ea res, quam ex emto praestare debebam, vi mihi ademta fuerit, *quamvis eam custodire debuerim*, tamen propius est, ut nihil amplius, quam actiones perfequendae eius praestari a me emptori oporteat; *quia custodia adversus vim parum proficit.* Der Verkäufer soll also hier nur darum nicht gehalten seyn, weil er der Gewalt zu widerstehen nicht vermochte. Er ist also in allen Fällen gehalten, wo durch custodia der Schade hätte abgewendet werden können. Nach den angeführten Gesetzen ist nun der Verkäufer zur custodia plena schon an und für sich verpflichtet, ohne sie besonders versprochen zu haben. Allein Justinian scheint §. 3. *I. h. t.* ein besonderes Versprechen zu erfordern, wenn der Verkäufer custodia praestiren soll. *Quodsi fugerit homo, qui venit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris intervenerit; animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit?* Sane enim si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet; *si non susceperit, securus erit.* Idem et in caeteris animalibus caeterisque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debet emptori, quia sane, qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti et damni iniuriae actione. Man darf aber nur die ganze Stelle mit Aufmerksamkeit durchgehen,

so wird man sich leicht überzeugen, daß hier eigentlich davon die Frage sey, in wiefern der Verkäufer für den reinen Zufall stehe. Die Worte; *ad ipsius periculum is casus pertinet*, lassen keinen Zweifel übrig. Mit Recht sagt daher Everard Otto ¹¹⁾: *Improprie IUSTINIANUS vocabulum custodiae hic accepit, ut qui rem venditam custodire promisit, etiam periculum, sine sua culpa contingens, sustinere teneatur; tunc enim vox custodiae imitatur praestationem periculi et casuum fortuitarum.* Schon vor ihm erklärte diese Stelle eben so Peter Burgius ¹²⁾. Der Käufer ist jedoch verpflichtet in dem Falle, da er wegen des Entkommens der Sache nicht haftet, dem Käufer wenigstens die ihm desfalls zustehenden Klagen abzutreten. Für den Schaden selbst aber haftet er nur dann, wenn er für den Zufall zu stehen, besonders versprochen hat. Dies heißt hier *custodiam suscipere*, weil der Verkäufer, im Falle des gänzlichen Entkommens der Sache, ohnehin das geringste Versehen vertreten muß ¹³⁾. Für einen Theil der custodia wird die Verbindlichkeit des Verkäufers gehalten, sich von seinem

Nach

11) Commentar. et notae crit. ad Instit. Lib. III. cap. 23. §. 3. not. 7.

12) Elector. libro cap. 12. (in *Ev. OTTONIS Thes. iuris Rom.* Tom. I. pag. 331.)

13) Aaderer Meinung ist H. von Löhner in den Beiträgen zu der Theorie der Culpa S. 192. f. Er beruft sich auf die griechische Paraphrase des Theophilus ad §. 3. I. h. t. welcher sagt: *κυσωδία δέ ἐστὶ ἡ ἀκριβοστάτη καὶ ὑπερβύλλισσα παραφυλακή*, i. e. *est autem CUSTODIA diligentissima et exactissima servatio.* Allein man sehe Schöman vom Schadenersatze I Eb. S. 128 — 130.

Nachbar Caution bestellen zu lassen, wenn desselben Gebäude den Einsturz drohet. Daher verpflichten die Gesetze in Ansehung dieser Cautionforderung den Verkäufer, der öffentlichen Ordnung wegen, durchaus zu dem höchsten Fleiße, wie sich aus folgenden Gesetzstellen ergibt. a) L. 36. D. de act. emti et venditi. Venditor domus, antequam eam tradat, damni infecti stipulationem interponere debet: quia antequam vacuum possessionem tradat, custodiam et diligentiam praestare debet; et pars est custodiat, diligentiaeque, hanc interponere stipulationem: et ideo, si id neglexerit, tenebitur emtori. Der Käufer selbst kann vor erfolgter Uebergabe nicht de damno infecto stipuliren. Er hat es auch nicht nöthig, weil es zur Pflicht des Verkäufers gehört, auf die Eingehung dieser Stipulation mit allem Fleiße zu bringen. Stipulirt erster dennoch, so ist die Stipulation nur in Hinsicht auf den Schaden von Wirkung, der nach gescheneher Tradition entsteht. Die Stipulation würde auch selbst dann dem Käufer keinen weiteren Vortheil gewähren, wenn sie in einem solchen Falle geschehen wäre, wo sie der Verkäufer ohne seine Schuld nicht eingehen konnte, wie Paulus in folgenden Stellen lehrt. b) L. 18. §. 7. 8. et 9. D. de damno infecto. Emtor praedii, si ante traditionem stipulatus sit, cautum habebit de eo damno, quod post traditionem factum erit. Venditorem autem aedium, priusquam possessionem tradat, stipulari oportet, quia huius quoque rei culpam praestat. Sed quid fiet, si venditor sine culpa stipulari non potuerit, et ob hoc emptor stipulatus fuerit? Nonne damnum patitur? An hoc damnum in aliena re acciderit, revolvitur autem ad emtorem, quia actionem ex emto non habet? Sed nihil

nihil in hac causa proficit stipulatio, nisi in id, quod post traditionem accidit; quia, dum venditoris custodia est, is stipulari debet. omnemque diligentiam emptori praestare: et quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur. c) L. 38. pr. D. eodem. Emptor aedium ante traditam sibi possessionem ideo inutiliter stipulatur, quia venditor omnem diligentiam ei praestare debet: tunc certe utiliter stipulatur, cum omnis culpa a venditore abierit: veluti, si precario emptori in his aedibus esse permisit, custodiamque ei abfuturus tradidit. In beyden angeführten Gesetzen wird der Fall erörtert, wenn der Käufer eines Hauses vor erfolgter Uebergabe mit seinem künftigen Nachbar wegen des haufälligen Gebäudes desselben de damno infecto stipulirt, und das nachbarliche Gebäude stürzt noch vor der Uebergabe ein. Kann hier der Käufer den Nachbar wegen dieses Schadens aus seiner Stipulation belanggen? Paulus entscheidet diesen Fall verneinend. Aber wie, wenn der Käufer in einem solchen Falle sich von dem Besitzer des haufälligen Hauses Caution de damno infecto bestellen ließ, wo der Verkäufer es ohne seine Schuld nicht that, sollte er nicht wenigstens in diesem Falle aus seiner Stipulation ein Recht haben, von dem Nachbar Schadenersatz zu fordern? Denn hier hat gegen den Verkäufer keine Klage ex empto Statt. Soll also der Käufer den Schaden leiden? Das scheint doch unbillig zu seyn. Poehier ¹⁴⁾ glaubt daher wirklich, die Caution sey in diesem Falle auch auf den Schaden zu erstrecken, der vor
der

14) Pandect. Iustin. Tom. III. Lib. XXXIX. Tit. 2. Nr. XIV. not. i. et k. pag. 19.

der Uebergabe geschehen ist. Dies soll der Sinn der Worte seyn: *Nonne damnum patitur?* Die folgenden Worte: *An hoc damnum in aliena re acciderit, revolvitur autem ad emptorem* erklärt er so: man sage nicht, daß der Käufer wegen dieses Schadens darum nicht klagen könne, weil er zu einer solchen Zeit geschehen ist, wo der Käufer noch nicht Eigenthümer war. Denn dieser Schade gehe ihn allerdings an, weil ja die Gefahr auf den Käufer übergeht, sobald der Kauf abgeschlossen ist. Allein der ganze Zusammenhang dieser Worte mit den nachfolgenden: *Sed nihil in hac causa proficit stipulatio, nisi in id, quod post traditionem accidit* etc. lehrt deutlich, daß dieses nur Zweifelsgründe sind. Paulus spricht ohne Unterschied dem Käufer die Klage *ex stipulatu* ab, wenn der Schade vor der Uebergabe geschehen ist, weil hier nur der Verkäufer, als Besitzer, stipuliren kann. Hat dieser sich keine Caution bestellen lassen, so daß ihm dabey irgend ein Versehen zur Last fällt, so hastet er deshalb dem Käufer mit der *actio empti*. Ist hingegen dem Verkäufer nichts dabey zur Last zu legen, so ist, da hier die *actio empti* wegfällt, der Schade, als zufällig zu betrachten, welchen also der Käufer nach der Natur des Contracts tragen muß¹⁵⁾. Ein Anders wäre, wie Paulus sagt, wenn der Verkäufer wegen einer vorhabenden Reise dem Käufer die ihm sonst obliegende *custodia* übertragen, und ihm den Besitz des Hauses einstweilen *precario* überlassen hätte, ohne ihm jedoch die Sache vermöge des Contracts zu übergeben. Da hier der Verkäufer nicht mehr für *omnis culpa* steht, so kann der Käufer

15) S. WERTHAL Interpretat. iur. civ. de libertate et servitutib. praedior. §. 228. not. 188. c) pag. 168.

de damno infecto mit Wirkung stipuliren, weil er nun als Besizer zu betrachten ist. 3) Ist jedoch der Käufer in mora accipiendi, so darf der Verkäufer überhaupt nur für den dolus und culpa lata haften ¹⁶⁾. 4) Hat sich der Verkäufer eines dolus oder groben Versehens schuldig gemacht, weshalb er die Sache nicht tradiren kann; so muß er dem Käufer alles Interesse ersetzen, welches derselbe nun auch durch seinen Eid bestimmen kann ¹⁷⁾. Ist hingegen 5) die Sache noch in Natur vorhanden, so ist der Verkäufer schlechterdings verbunden, sie dem Käufer zu übergeben, und er kann sich dieser Verbindlichkeit nicht entledigen, wenn er auch den Käufer auf andere Art entschädigen wollte. Es wird zwar in mehreren Geseßstellen gesagt, daß der Verkäufer, wenn er die Sache nicht tradirt, zur Leistung des Interesse gehalten sey ¹⁸⁾. Daher sind sehr viele Rechtsgelehrten ¹⁹⁾ der

16) *L. 17. pr. D. de peric. et commodo rei vend.*

17) *L. 1. pr. D. de act. E. et V. L. 21. § 3. D. eodem. L. 5. pr. D. de in lit. iur. C. den 12. Eb. dieses Commentars 2. Abth. §. 813. C. 416—418.*

18) *L. 1. pr. L. 11. §. 8. et 9. et L. 40. D. de action. emti et vend. L. 4. Cod. eodem. L. 10. Cod. eodem. L. 10. pr. D. Quib. modis pign. vel hypoth. solvit. L. 6. Cod. de hered. vel act. vend.*

19) *Andr. FACHINAEUS Controv. iur. Lib. II. cap. 30. Hug. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XIII. cap. 2. Ant. FABER de errorib. Pragmaticor. et Interpret. iur. Dec. LXXXV. Err. 4. Guil. MASIUS Tr. de rei debitae aestimatione P. I. Cap. 8. Franc. DUARENUS Comm. ad Tit. Pand. et Cod. de act. emti et venditi. Oper. pag. 1026. Io. Jac. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. 37. Th. 2. Petr. BELOIUS Vari-*

der Meinung, der Verkäufer könne nicht so schlechters, wie etwa der Beklagte bey der Reivindicacion²⁰⁾, wenn er dem Befehl des Richters keine Folge leistet, manu militari, officio iudicis zur Uebergabe gezwungen werden, sondern er könne sich von seiner Verbindlichkeit frey machen, wenn er den Käufer auf andere Art entschädige. Denn Justinian stelle es L. 17. Cod. de fide instrum. als einen ganz bekannten Satz auf: *quod pretio statuto necessitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere, vel id, quod emtoris interest, ei persolvere.* Ja die Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian L. 4. Cod. de act. emti et vend. lasse vollends gar keinen Zweifel übrig, in welcher es heiße: *Si traditio rei venditae iuxta emtionis contractum proccacia venditoris non fiat: quanti interesse compleri emtionem fuerit arbitratus Praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.* Allein daß es der Willkühr des Verkäufers überlassen seyn sollte, ob er die Sache übergeben, oder das Interesse leisten wolle, streitet ganz gegen die Natur des Kaufcontractes, aus welchem, sobald er abgeschlossen ist, die wesentliche Verbindlichkeit entsteht, ut OMNIMODO, das sind Justinians Worte §. 1. I.

rior. iuris civ. Lib. II. cap. 5. (in Thes. Meerm. Tom. IV. pag. 686.) Ger. NOODT Comm. ad Dig. Lib. XIX. Tit. 1. §. Tenetur. pag. 419. Reinh. BACHOVIVS Not. et Animadvers. ad Treutlerum. Vol. I. Disp. XXVIII. Th. 2. Lit. C. Io. VOET Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 14. Ant. SCHULTING Jurisprud. Antejust. pag. 247. not. 12. et Thes. controvers. Decad. LXVIII. Th. 4. et 5. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1914. u. a. m.

20) L. 68. pr. D. de Rei vindicat.

I. h. t. et pretium persolvatur, et *res tradatur*, et venditio ad effectum perducatur: emtore quidem *ex emto actione*, venditore *ex vendito* agente. Daß es auch gar nicht die Meinung der Gesetze seyn könne, dem Verkäufer eine solche Willkühr zu gestatten, erhellet daraus, weil in andern Gesetzstellen ausdrücklich gesagt wird, der Verkäufer sey zur Erfüllung des Contracts, d. i. zur Uebergabe, eben so wie der Donator, verbunden, und könne da zu genöthiget werden²¹). Es würde ja auch die offenbareste Unbilligkeit daraus entstehen, wenn die Gesetze gleich nach geschlossenem Kaufe die Gefahr der Sache auf den Käufer wälzen, und es dennoch von der Willkühr des Verkäufers abhängig machen wollten, ob er die Sache übergeben, oder das Interesse leisten wolle. Der Natur des Contracts gemäß, kann also wohl die Meinung der, für die entgegengesetzte Meinung angeführten Gesetze nur diese seyn, daß wenn keine Uebergabe erfolgt, und der Käufer mit der Entschädigung zufrieden seyn will, oder etwa die Sache gar nicht mehr zu erhalten wäre, auf Vergütung des Interesse geklagt oder erkannt werden könne. Wollte man diese Gesetze anders verstehen, so würde es in vielen Fällen dem Verkäufer ein leichtes seyn, den Contract zu brechen. Er dürfte es nur darauf ankommen lassen, ob der Käufer ein Interesse zu beweisen im Stande ist; und

§ 2.

21) *L. 11. § 2. L. 46. L. 50. D. de act. E. et Vend. § 2. I. de donation. L. 35. §. 5. Cod. de donat.* Eine merkwürdige Stelle hierüber kommt auch in des *PAULUS Sent. Recept. Lib. 1. Tit. 13. A. §. 4.* vor: *Si id, quod emtum est, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat, aut mancipet.*

und dieses möchte wohl in manchen Fällen dem Käufer schwer oder gar unmöglich werden. Denn wie manche Sache kauft man nicht bloß aus Liebhaberey und zum Vergnügen, die man wohl entbehren könnte? Wie stimmt aber ein solches Benehmen mit der Natur eines *contractus bonae fidei* überein? *cum nihil magis bonae fidei congruat*, wie Ulpian *L. II. §. 1. D. de act. emti et venditi* sagt *quam id praestari, quod inter contrahentes actum est*. Man glaubt zwar, es sey bey allen obligationibus faciendi, zu denen auch die Uebergabe zu zählen sey, Regel, daß sich der Promittent durch Leistung des Interesse von seiner Verbindlichkeit frey machen könne ²²⁾. Allein ohne zu berühren, wie vielem Zweifel die hier aufgestellte Regel noch an sich unterworfen sey, wie an einem andern Orte ²³⁾ gezeigt worden ist; so ist ja auch das Factum der Uebergabe selbst gar nicht so, wie etwa die Verrichtung einer gewissen Arbeit, an die Person des Verkäufers gebunden; daß es nicht auch ohne Mitwirkung desselben durch die Auctorität des Richters erzwungen werden könnte. Ulpian giebt dieses selbst nicht undeutlich zu erkennen, wenn er *L. 52. §. 1. D. de verb. obligat.* sagt: *Si quis vacuum possessionem tradendi promiserit, non nudum factum haec stipulatio continet, sed causam bonorum*. Man wendet zwar dagegen ein, es komme hier auf eine Uebertragung des Eigenthums an. Diese könne nicht durch richterliche Execution bewirkt werden, sondern erfordere den Willen des Uebergebenden. Allein auch davon abgesehen, daß ja hier eine

iusta

22) *L. 13. §. 1. in fin. D. de re iudicata.*

23) *S. den 4. Th. dieses Commentars §. 316. S. 306.*

justa causa praecedens zur Erwerbung des Eigenthums vorhanden ist; so kann allerdings auch durch die Verfügung des Richters der Eigenthümer im Falle eines begangenen Ungehorsams seines Besitzes entsezt, und das Eigenthum auf einen Andern mit der Wirkung übertragen werden, daß dieser sich auch der Reivindicatio bedienen kann. Man denke nur z. B. an den Fall, da die cautio damni infecti verweigert, und deswegen eine missio in aedes vom Prätor verfügt wurde²⁴⁾. Für diese Meinung streitet auch die Auctorität nicht minder berühmter Rechtsgelehrten²⁵⁾.

§. 985.

24) *L. 15. §. 16. D. de damno infecto. L. 7. §. 9. D. Communi dividundo.*

25) *CUJACIUS ad Pauli Recept. Sentent. Lib. I. Tit. 13. §. 4. Io. CORASIVS Miscellaneor. iuris civ. Lib. II. Cap. 3, nr. 7. Io. D'AVEZAN Lib. II. Contractuum Tract. I. de emt. et vendit. pag. 94. §. Ex eo. Io. Matth. MAGNUS Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. II. Cap. 11. in fin. (Tom. III, Thef. Meerman, pag. 313.) Ev. OTTO Commentar. et Notae crit. ad Institut. h. t. §. 1. nr. 2. Ulr. HUBER Praelect. iuris civ. ad Pandect. Lib. XIX. Tit. 1. §. 5. Io. Ortw. WESTENBERG Princip. iuris fec. ord. Dig. Lib. XIX. Tit. 1. §. 12. et 13. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. eod. Libr. et Tit. §. 8. et 9. Gs. Ad. STRUV Syntag. iur. civ. Exercit. XXIII. §. 106. Sam. de COCOEJI iur. civ. controv. Lib. XIX. Tit. 1. Qu. 4. Ge. FRANTZKE Comm. in Pand. eod. loc. nr. 28—75. Iust. Hann. BOEHMER Introd. in ius Dig. eod. loc. §. 4. Westphal vom Kauf. §. 168. Chr. Aug. GÜNTHER Princip. iur. Rom. privati noviss. Tom. II. §. 961. in fin. Guil. HUFELAND Lehrbuch des Civilrechts. I. Band §. 374. Iul. Frid. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 554. nr. V. u. a. m.*

§. 985.

Wie muß die Uebergabe geschehen?

Die Uebergabe muß nun I) nicht mit bloßen Worten, sondern auf eine solche Art geschehen, daß dadurch der Käufer den Besitz der Sache entweder unmittelbar erhält, oder wenigstens in den Stand gesetzt wird, den Besitz der Sache sogleich selbst ergreifen zu können. Dabin gehört z. B. wenn dem Käufer in Gegenwart der Sache die Schlüssel zu dem Behältniß übergeben werden, worin dieselbe verwahrt ist²⁶⁾. II) Die Sache muß dem Käufer zum freien und ungehinderten Besitz übergeben werden. Es muß daher nicht nur der Verkäufer selbst den Besitz räumen, sondern es darf sich auch kein Dritter in dem Besitz der Sache befinden, der den Käufer an der Besitzergreifung hindert; der Besitz muß vielmehr dergestalt übertragen werden, daß ihn der Käufer gegen jeden ob sieglich behaupten könne. L. 2. §. 1. *D. de act. emti et vend.* sagt *Vacua possessio emtori tradita non intelligitur, si alius in ea legatorum fidei uel commissorum servandorum causa in possessione est, aut creditores bona possideant. Idem dicendum est, si venter in possessione sit: nam et ad hoc pertinet vacui appellatio.* Besonders merkwürdig ist L. 11. §. 13. *D. eodem.* Idem NERATIUS ait, venditorem in re tradenda debere praestare emtori, *ut in lite de possessione potior sit.* Sed IULIANUS libro XV. Digestorum probat, *nec videri traditum, si superior in possessione emtor futurus non sit.* Erit igitur ex emto actio, nisi hoc praestetur. Hat also

²⁶⁾ L. 74. *D. h. t.* L. 9. §. 6. *D. de acquir. rer. dom.* L. 1. §. 21. *D. de acquir. vel amitt. poss.*

also ein Dritter die Sache als Pfand in Händen, so muß der Verkäufer vor allen Dingen den Gläubiger befriedigen, und die Sache einlösen. Einen solchen Fall enthält L. 52. §. 1. D. eodem. Praedium aestimatum, in dotem a patre filiae suae nomine datum, obligatum creditori deprehenditur. Quaesitum est, an filius, qui hereditatem patris retinet, cum ab ea se filia abstinuisset, dote contenta, actione ex emto teneatur, ut a creditore lucret, et marito liberum praestaret? Respondit, teneri. Der Ehemann, welcher das Grundstück für einen gewissen Preis zum Heyrathsgut erhalten hatte, war hier als Käufer anzusehen. Aestimatio enim pro venditione est ²⁷⁾. Er konnte daher auch mit Recht von dem Erben seines Schwiegervaters, verlangen, daß er dasselbe von dem Gläubiger einlöse, und es ihm schuldenfrey überlasse ²⁸⁾. Eben' dieses bestätigt L. 5. Cod. de evict. Ex his praediis, quae mercata es, si aliqua a venditore obligata, et necdum tibi tradita sunt: ex emto actione consequeris, ut ea a creditore liberentur. Hat der Gläubiger nicht den Besitz der Sache, sondern bloß eine Hypothek, so hat der Verkäufer seiner Schuldigkeit ein Genüge gethan, wenn er dem Käufer die Sache tradirt. Zwar kann ihm die Sache durch die hypothekarische Klage des Gläubigers evincirt werden; allein diese Klage ist doch keine possessorische. Zur vacua possessio ist aber schon genug, wenn nur in possessorio der Käufer ein obsiegendes

27) L. 10. §. 4. et 5. D. de iure dot. L. un. §. 9. in fin. Cod. de rei ux. act.

28) G. Vinc. CABOTII variar. iuris publici et privati Disputation. libr. II. Cap. 26. (Thes. Meerman. Tom. IV. pag. 639.)

des Recht erhält ²⁹⁾. Hat ein Dritter nur vermöge eines persönlichen Rechts die Sache im Besitz, z. B. als Pächter, so muß dieser ohnehin dem Käufer weichen ³⁰⁾. Ist eine unkörperliche Sache verkauft worden, z. B. eine Real-Servitut auf des Käufers Grundstück, so läßt sich hier eigentlich eine *traditio vacuae possessionis* nicht denken. Allein die Stelle derselben vertritt nach der Meinung des *Labeo*, welcher auch *Pomponius* bestimmt, die *Caution*, welche der Käufer fordern kann, daß ihn der Verkäufer nicht an der Ausübung derselben hindern wolle ³¹⁾. Nach der Meinung der neuern römischen Rechtsgelehrten findet jedoch eine *Quasi Tradition* Statt, welche durch die Ausübung der Servitut von Seiten des Käufers, und das Stillschweigen von Seiten des Verkäufers geschieht, wie aus *L. 20. D. de Servitut.* erhellet, wo *Javolen* sagt: *Quotiens via aut aliquod ius fundi emeretur, cavendum putat esse LABEO, per te non fieri, quominus eo iure uti possim: quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto, usum eius iuris pro traditioni possessionis accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria interdicta sunt* ³²⁾; und diesem gemäß sagt auch *Ulpian L. 1. §. 2. D. de Servitut.*

29) *L. 11. §. 13. D. de act. emti et vend.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 10. und Westphal vom Kaufe §. 165. und 166.

30) *L. 9. Cod. de locato.*

31) *L. 3. §. 2. D. de act. emti vend.*

32) *S. Westphal vom Kaufe §. 162.* und Eben derselbe de libertate et servitutib. praedior. §. 828. Man vergleiche auch den 9. Th. dieses Commentars §. 626. S. 67. Not. 81.

tut. praed. rustic. Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Praetoris. Ist die Sache dem Verkäufer entwendet worden, so muß er dem Käufer wenigstens die ihm deshalb zustehenden Rechtsmittel abtreten, damit dieser sich dadurch den Besitz verschaffen könne³³⁾. III. Der Verkäufer muß ferner dem Käufer auch die Grenzen des Grundstücks beym Verkaufe gehörig anzeigen, wenn die Beschreibung des Grundstücks nicht schon dergestalt geschehen ist, daß sich daraus die Grenzen von selbst ergeben³⁴⁾. Es müssen auch die Nachbarn dem Käufer bekannt gemacht werden, weil es leicht möglich ist, daß der Kauf um eines bösen Nachbarn willen gar nicht geschlossen seyn würde. Verschweigt er dem Käufer einen solchen Nachbar, so haftet der Verkäufer für den Dolus³⁵⁾. Eben

33) *L. 31. pr. D. de act. emti et vend.*

34) *L. 63. §. 1. D. de contrah. emt. Demonstratione fundi facta, fines nominari superfacuum est: si nominentur, etiam ipsum venditorem nominare oportet, si forte alium agrum, confinem possidet — L. 48. D. de act. emti et vend. Titius heres Sempronii fundum Septicio vendidit ita: Fundus Sempronianus, quidquid Sempronii iuris fuit, erit tibi emtus tot nummis, vacuumque possessionem tradidit, neque fines eius demonstravit. Quaeritur, an emti iudicio cogendus sit ostendere ex instrumentis hereditariis, quid iuris defunctus habuerit, et fines ostendere? Respondi, id ex ea scriptura praestandum, quod sensisse intelliguntur. Quodsi non appareat, debere venditorem et instrumenta fundi, et fines ostendere: hoc etenim contractui bonae fidei consonat.*

35) *L. 35. §. ult. D. h. t. Si quis in vendendo praedio confinem celaverit, quem emtor si audisset, emturus non esset, teneri venditorem. Wie sehr die Alten auf die Nachbarschaft gesehen haben, erhellet aus dem Ausspruche des Plautus in Mercatore.*

Eben so muß sich der Verkäufer selbst nennen, wenn er Nachbar bleibt ³⁶). Er muß auch alle über das verkaufte Grundstück vorhandenen Urkunden, z. B. die alten Kauf- und Lehnbriefe, Steuerquittungsbüchlein, ingleichen die Manual-Akten herausgeben ³⁷). IV) Der Verkäufer muß Insonderheit dem Käufer dafür stehen, daß kein Dritter ihm die Sache, als die seinige, abstreite, sondern er den übertragenen Besitz behalten könne ³⁸). Der Verkäufer haftet daher dem Käufer wegen der Entwäh- rung, wovon Lib. XXI. Tit. 2. *de evictionibus* ausführlicher gehandelt werden wird. V) Die Sache muß ser-

ner

tore: Nunc ego verum illud verbum esse experior vetus; Aliquid mali esse propter vicinum malum. Dagegen sagt Hesiodus: ἔμμορε τοι τιμῆς ὅς' ἔμμορε γέιτονος ἐσθλῆ i. e. Optima sors eius, qui bonum sortitur vicinum. S. ULR- HUBERI Eunom. Rom. ad. h. L. 35. §. ult. pag. 668. sq.

36) Man sehe die Note 34. angeführte L. 63. §. 1. *D. h. t.*

37) L. 52. *pr. D. de act. emti et vend.* — Respondit, posse emptorem emti iudicio consequi, ut instrumenta, de quibus quaereretur, exhibeantur. S. HUBER Praelect ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 6. und Westphal vom Kauf §. 171.

38) L. 3. *pr. D. de act. emti et vend.* Ratio possessionis, quae a venditore fieri debet, talis est, ut, si quis eam possessionem iure avocaverit, tradita possessio non intelligatur. Eujaz Observat. Lib. XIII. cap. 35. will statt *Ratio possessionis* lieber *Traditio possessionis* lesen. Vaudouz liest *Datio possessionis*. Allein die florentinische Lesart, mit welcher auch Cod. Rand. Erlang. übereinstimmt, läßt sich sehr gut erklären, wie Syntheschöl in der Göttingischen Ausgabe des Corp. iuris gezeigt hat. — L. 6. *C. de evict.* Non dubitatur, etsi specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta ex empto competere actionem.

ner dem Käufer in der gehörigen Qualität übergeben werden, so daß nichts fehle, was bey der Sache entweder ihrer Natur nach, oder vermöge einer besondern Uebereinkunft der Contrahenten seyn muß³⁹⁾. VI) Die Sache darf auch nicht fehlerhaft, sondern muß zu dem Gebrauche tauglich seyn, wozu sie der Käufer angeschafft hat, wovon in dem Titel de aedilitio Edicto ein Mehreres. VII) Sie darf auch nicht mit solchen Lasten beschwert seyn, die sich bey Sachen von der Art nicht von selbst verstehen, und also der Käufer weder wußte, noch süglich wissen konnte. Dahin gehören z. B. Servituten. Wegen dieser muß der Verkäufer den Käufer entschädigen. Denn Beschränkung des Eigenthums kann nicht vermuthet werden. Folgende Stellen bewähren diese Sätze.

L. 66. pr. D. de contrah. emt. In vendendo fundo quaedam, etiamsi non condicantur, praestanda sunt: veluti, ne fundus evincatur, aut *ususfructus eius*.

L. 61. D. de aedilitio edicto. Quotiens de servitute agitur, victus tantum debet praestare, quanti minoris emisset emtor, si scisset, hanc servitutum impositam.

Hätte der Verkäufer auch dem Käufer im Allgemeinen erklärt, daß er für keine Servituten stehe, so verpflichtet ihn dennoch sein Dolus zur Entschädigung, wenn er wußte, daß eine gewisse Servitut auf dem verkauften Grundstück lastete, wie aus folgender Stelle des Scävola erhellet.

L. 69.

39) *L. 11. §. 1. L. 39. D. de act. emti et vend.*

L. 69. §. 5. D. de evictione. Qui fundum tradit, et, cum sciat, certam servitutem deberi, perfusorie dixerit, itinera, actus, quibus sunt, utique sunt, evictionis quidem nomine se liberat, sed quia decepit emptorem, empti iudicio tenetur.

L. 1. §. 1. D. de actione, empti et vend. Venditor, si, cum sciret deberi servitutem, celavit, non evadet ex empto actionem: si modo eam rem emptor ignoravit. Omnia enim, quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in empti actionem. Sed scire venditorem, et celare, sic accipimus, non solum, si non admonuit, sed et si negavit servitutem istam deberi, cum esset ab eo quaesitum. Sed et si proponas, eum ita dixisse: nulla quidem servitus debetur, verum, ne emergat inopinata servitus, non teneor, puto eum ex empto teneri: quia servitur debebatur, et scisset. Sed si id egit, ne cognosceret emptor aliquam servitutem deberi, opinor, eum ex empto teneri. Et generaliter dixerim, si improbato more versatus sit in celanda servitute, debere eum teneri non si securitati suae prospectum voluit. Haec ita vera sunt, si emptor ignoravit servitutes: quia non videtur esse celatus, qui scit, neque certiorari debuit, qui non ignoravit.

Gleichwohl behandeln viele Rechtsgelehrten ⁴⁰⁾ die passiven Realservituten wie gewöhnliche Eigenschaften der Grund.

40) *Ger. NOODT* Comm. ad Dig. Lib. XXI. Tit. 2. §. Quae dixi pag. 468. sq. *Ulr. HUBER* Praelect. ad Pand. eod. loc. §. 7. *Io. Iac. WISSENBACH* Exercitat. ad Pand. Disput. XLI. Th. 16. *Christfr. WAECHTLER* Opusc. iurid. pag. 179. *Io. VOET* Comm. ad Pand. Tit. de evictionib. §. 16. *Sam. de COCCEJ* iur.

Grundstücke, für welche der Verkäufer anders nicht haften dürfe, als wenn er das Grundstück, als ein ganz freies, mit keinen Servituten beschwertes Grundstück verkauft hat. Diese Meinung scheinen auch folgende Stellen zu begünstigen.

L. 59. D. h. t. Cum venderes fundum, non dixisti: ita ut optimus maximusque: verum est, quod QUINTO MUCIO placebat, non liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere. Idem et in urbanis praediis dicendum est.

L. 75. D. eviction. Quod ad servitutes praediorum attinet, si tacite secutae sunt, et vindicentur ab alio, QUINTUS MUCIUS, et SABINUS existimant, venditorem ob evictionem teneri non posse: nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo iure, quod tacite soleat accedere, nisi, ut optimus maximusque esset, traditus fuerit fundus: tunc enim liberum ab omni servitute praestandum.

Die Worte: *si tacite secutae sunt*, will man nun so verstehen, wenn beim Verkaufe des Grundstücks der Servituten, die etwa auf dem Grundstück haften könnten, keine ausdrückliche Erwähnung geschehen ist, so stehe auch der Verkäufer dafür nicht, sondern er übergebe das Grundstück, so wie es ist. Allein servitutes, quae tacite sequun-

iur. civ. contro. Lib. XIX. Tit. I. Qu. 6. *Christ. Henr. BREUNING* Quaest. iuris contro. an. evictio praestanda evict. servitute. *Lipsiae 1773.* und *Leibniz* System des Pandectenrechts I. B. §. 182.

sequuntur fundum, sind vielmehr, wie andere ⁴¹⁾ richtiger sagen, solche Dienstbarkeiten, welche die natürliche Lage des Grundstücks nothwendig macht, die also schon von Natur vorhanden sind, und in die Augen fallen, so daß es sich schon von selbst versteht, daß sie dem Grundstück ankleben. Z. B. der Nachbar kann nicht in sein Grundstück kommen, wenn er nicht über das verkaufte Grundstück geht, oder das verkaufte Grundstück liegt in der Tiefe, und muß also den Abfluß des Wassers von dem benachbarten höher liegenden Grundstück aufnehmen. Für solche Servituten, welche schon der Natur der Sache nach sich von selbst verstehen, darf freilich der Verkäufer nicht haften, wosern nicht der fundus *ut optimus maximusque*, d. i. als völlig frey von allen und jeden Servituten ⁴²⁾, wäre verkauft worden. *Tunc enim liberum*, sagt *Demulejus*, *ab omni servitute praestandum*. Dagegen muß er dem Käufer für alle demselben nicht bekannten Passivservituten, welche sich nicht von selbst verstehen, haften, auch selbst dann, wenn auch der Verkäufer sie selbst nicht konnte. Der Käufer kann wenigstens immer auf eine Verringerung des Kaufgeldes Anspruch machen, wie auch *Paulus* lehrt *L. 15. §. 1. D. de evictionib.* *Sed et si servitus* ⁴³⁾ *evincatur, quanti minoris ob id praedium est,*

41) *E. MÜLLER* ad *Struvium* Exercitat. XXVII. Th. 20. not. 7. und *Franz Schömann* Handbuch des Civilrechts. 2. B. S. 124—128.

42) *L. 90. L. 169. D. de Verbor. Significat.*

43) *Co* ist, statt *Jervus*, mit *Eujaz* Observation. Lib. II. cap. 20. zu lesen. Man sehe auch *Ant. schULTING* Thel. controv. Dec. LXXXVII. Th. 6. und *Westphal* vom Kauf §. 233. u. 331.

est, lis aestimanda est. Ganz anders verhält sich die Sache mit den Activservituten. Hat der Verkäufer diese nicht dem Käufer beim Verkauf des Grundstücks besonders zugesichert, so steht er auch nicht einmal für den nachmaligen Verlust derselben von Seiten des Käufers durch dessen Unwissenheit und Nichtgebrauch, wofern er sie nur nicht dem Käufer arglistig verschwiegen⁴⁴⁾. Da hingegen Steuern und andere öffentliche Abgaben bey Grundstücken gewöhnlich sind, so darf der Verkäufer deren wegen keine Entschädigung leisten. Denn diese verstehen sich immer von selbst⁴⁵⁾. Wegen dieser haftet der Verkäufer nur 1) wenn er das Grundstück als ein steuerfreies verkaufte, oder 2) die Abgaben kleiner, als sie sind, angab, oder 3) die öffentlichen Abgaben von der Art sind, daß sie der Käufer ohne besondere Anzeige des Verkäufers nicht vermuthen konnte. Dieses bewähren folgende Gesetstellen.

L. 21. §. 1. D. de act. emti. Si praedii venditor non dicat de tributo⁴⁶⁾ sciens, tenetur ex emto. Quod-

44) L. 66. pr. et §. 1. D. h. t. L. 75. in fin. D. de evict. Westphal §. 231. 232. und 233.

45) L. 7. D. de publican. et vectigal. L. 2. et 3. Cod. Sine censu et reliquis. C. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 15. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 24. def. 20. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XXIII. Th. 109. Westphal vom Kaufe §. 234.

46) Tributum war bey den Römern von vectigal und stipendium unterschieden, und gehörte zu den außerordentlichen Abgaben. Erat, sagt Petr. BERENONIUS Animadversion. Lib. II. cap. 30. (in Thef. iuris Rom. Otton. Tom. I. pag. 660.) quod extra ordinem

Quodsi ignorans non praedixerit, quod forte hereditarium praedium erat, non tenetur.

L. 41. D. eodem. In venditione super annua pensatione pro aquaeductu infra domum Romae constitutam ⁴⁷⁾ nihil commemoratum est. Deceptus ob eam rem ex emto actionem habebit. Itaque si conveniatur ob pretium ex vendito, ratio *improvisi oneris* habetur.

L. 9. Cod. eodem. Si minor a venditore sive sciente sive ignorante dicebatur capitatio praedii venditi, et maior inventa sit: in tantum convenitur, in quantum, si scisset emtor, ab initio minus daret pretii. Sin vero huiusmodi onera et gravamen functionis cognovisset, nullam adversus venditorem habet actionem.

Es erhellet zugleich aus diesen Gesetzstellen, daß es bey außerordentlichen Abgaben, welche der Käufer nicht vermuthen konnte, nicht einmal darauf ankommt, ob der Verkäufer davon Wissenschaft gehabt hat oder nicht. Er muß sich in dem letzteren Falle wenigstens immer eine

Min-

dinem solennium vectigalium ad exercitum alendum imperabatur civibus. Hiermit stimmt auch THEOPHILUS in Paraphr. graec. ad §. 40. I. de rer. divis. überein, wo er sagt: *Tributum est grave vectigal, quod suis provincialibus imponebat Imperator, utpote multa impendens circa sustentationem militum.* Man sehe auch ZIMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. Tom. I. Lib. XIX. Tit. 1. Qu. 9. not. q.

47) POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. Lib. XIX. Tit. 1. Nr. LIX. not. b. glaubt, daß statt *constitutam* vielmehr *constituto* zu lesen sey.

Minderung des Werths der Sache gefallen lassen, dahingegen er in dem ersten Falle dem hintergangenen Käufer allen Schaden ersetzen muß ⁴⁸⁾. Hierher gehört noch

L. 13. §. 6. *D. eodem.* Idem JULIANUS, dolum solere a venditore praestari, etiam in huiusmodi specie ostendit. Si, cum venditor sciret, fundum pluribus municipiis *legata* ⁴⁹⁾ deberè, in tabula quidem conscripserit, *uni municipio deberi*, verum postea legem consignaverit, *si qua tributorum, aut vectigalis, indistionisve quid nomine, aut ad viae collationem praestare oportet, id emtorem dare, facere, praestareque oportere: ex emto eum teneri, quasi decepisset emtorem.* Quae sententia vera est.

Hätte der Verkäufer die auf der Sache haftenden Abgaben übernommen, so kann zwar dieser Vertrag dem Fiskus, welchem die Steuern gebühren, auf keine Weise zum Nachtheil gereichen, sondern dieser fordert sie von dem Käufer, als dem gegenwärtigen Besizer ⁵⁰⁾. Allein es frage

48) Dies heißt eigentlich: *tenetur ex emto.* S. Vinc. CABOTIUS Variar. iuris publ. et priv. Disputation. Lib. II. cap. 25. (in Thef. Meerman. Tom. IV. pag. 638.)

49) Für *legata* liefert CUJACIUS Observation. Lib. V. cap. ult. mit den *Basilicis* Tom. II. pag. 389. richtiger *vecrigalia*. Man sehe auch Ulr. HUBER Eunom. Rom. pag. 695. und Westphal vom Kaufe S. 235.

50) Ante omnia enim animadvertendum est, sagt L. 27. §. 4. in fin. *D. de pactis*, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona noceat. Ausdrücklich aber sagt L. 42. *D. eodem.* Inter debitorem et creditorem convenerat, ut creditor onus tributi praedii pignerati non agnosce-

fragt sich, ob der Vertrag nicht wenigstens unter den Contrahenten dergestalt gültig sey, daß der Käufer die Vergütung der bezahlten Steuern von dem Verkäufer actione emti fordern könne? Die Rechtsgelehrten sind hierüber verschiedener Meinung. Einige ⁵¹⁾ tragen kein Bedenken, diese Frage zu bejahen. Sie sagen, so weit der Fiskus nicht darunter leidet, sey nicht abzusehen, warum der Vertrag unter den Partheyen nicht gelten solle. Die L. 42. D. de pactis erkläre diesen Vertrag auch nur ausdrücklich *quantum ad fisci rationem* für unverbindlich. Daß aber der Vertrag unter den Contrahenten gültig sey, lehre ganz bestimmt L. 52. §. 2. D. eodem, wo es heißt: *Pactum, ut si quas summas propter tributiones praedii pignori nexi factas creditor solvisset, a debitore reciperet, et ut tributa eiusdem praedii debitor penderet, iustum ideoque servandum est.* Allein andere ⁵²⁾ verneinen

ret, sed eius solvendi necessitas debitorem spectaret; talem conventionem, quantum ad fisci rationem, non esse servandam respondi. Pactis etenim privatorum formam iuris fiscalis convelli non placuit.

51) *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 31. def. 1. *Io. BRUNNEMANN* Comm. ad L. 42. D. de pact. *Io. Balth. a WERNHER* Select. Observat. for. T. I. P. II. Obs. 389. *Aug. a LEYSER* Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XL. medit. 6. *Sam. de COCCEJI* Iur. civ. contr. Lib. XIX. Tit. 1. Qu. 10. und *Westphal* vom Kauf §. 629.

52) *Gr.* FRANTZKIUS Comment. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. nr. 151: sqq. *Ulr.* HUBER Praelect. iuris civ. sec. Pandect. Lib. L. Tit. 15. §. 3. *Ja.* SCHILTER Prax. iuris Rom. Ex. XXX. §. 131. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 15. *Tob. Jac.* REINHARTH Select. Observation.

neinen diese Frage mit mehrerem Grunde. Denn die Gesetze, welche für die bejahende Meinung angeführt werden, gehören gar nicht hierher. Sie reden von einem Vertrage zwischen dem Pfandgläubiger und dem Schuldner, daß dem erstern die Abgaben, welche er von dem verpfändeten Grundstück bezahlt hat, von dem Schuldner vergütet werden sollen, und daß dieser auch die künftigen Auflagen tragen soll. Dieser Vertrag ist allerdings erlaubt, und daher zu halten. Denn der Schuldner bleibt ja Eigenthümer, ihm müssen auch die Früchte berechnet werden⁵³). Der Gläubiger kann daher auch von Rechts wegen dasjenige dem Schuldner anrechnen, was er wegen des gehaltenen Pfandbesizes an Steuern und andern öffentlichen Abgaben hat bezahlen müssen⁵⁴). Ein ganz anderes Ver-

§ 2

hältniß

vation. ad *Christinaei* Decision. Vol. III. Obs. 25. *Ferd. Christoph. HARPPECHT* Disput. de pacto privato collectarum in alios devolutivo. (in *EIUS* *Dissertation. academ.* Vol. II. Nr. 69.) *Io. Ge. BERTOCH* Diss. de pacto, quo venditor tributa in se recipit, non modo quoad fiscum, sed et quoad ipsos contrahentes. *invalido. Erfordiae 1725. Ge. Sam. MADIHN* Pr. de virtute conventionis, qua fundi venditi tributa in venditorem transferuntur. *Francof. ad Viadr. 1778. Io. Tob. RICHTER* Diss. de pacto, quo quis fundum sine tributis habeat, vel alienet, prohibito. *Lipsiae 1771. Lud. God. MADIHN* Princip. iuris Rom. P. II. §. 191. *Io. Ern. Bernh. EMMINGHAUS* ad *Coccejum*. Tom. II. pag. 449. not. 5. und besonders *Io. Ad. Theop. KIND* Quaestion. for. Tom. IV. cap. 43. auch *HOFACKER* Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1907. in fin.

53) L. 1. et 3. *Cod. de pignor. act.*

54) L. 6. *Cod. de pignorib.* In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem visum

hältniß findet zwischen dem Käufer und Verkäufer Statt. Auf den erstern ist durch die Uebergabe Eigenthum und Besiß übertragen worden. Er zieht auch als Eigenthümer die Früchte der Sache. Nun sagt *L. 2. Cod. de annonis et tributis*. *Annonas is solvere debet, qui possessiones tenet, et fructus percipit*. Welche auffallende Unbilligkeit würde also nicht ein solcher Vertrag schon seiner Natur nach mit sich führen, wenn der Verkäufer die Last der Auflagen tragen sollte, während der Käufer die Sache besißt, und die Früchte derselben genießt? Mit Recht sagt daher Paulus *L. 13. D. de impensis in res dotales factis*: *Neque stipendium, neque tributum, ob dotalem fundum praestita exigere vir a muliere potest: onus enim fructuum haec impendia sunt*. Es fehlt aber auch nicht an ausdrücklichen Gesetzen, welche dem Vertrage auch selbst unter den Contrahenten alle verbindliche Kraft absprechen, ja ihn als einen unbilligen Vertrag verbieten, damit nicht gewinnsüchtigen Käufern hierdurch Gelegenheit gegeben werde, sich die Verlegenheit her für den Augenblick Geldes benötigten Verkäufer zu Nuße zu machen. Es sind hier folgende Gesetze merkwürdig.

L. 1. Cod. Sine censu vel reliquis. *Ex conventione quidem, qua pactam novercam tuam cum patre tuo dicis, cum fundum in dotem daret, ut ipsa tributa agnosceret, actio tibi adversus eam competere non potest, etiamsi pactum in stipulationem deductum probetur. Sed et si fundus aestimatus, ita ut pars instrumenti*

rum muniendarum vel quolibet aliud necessarium obsequium praestitisse creditorem constitit.

menti significat, in dotem datus est, *ex vendita actio, ut placitis fletur, non competit.*

L. 2. Cod. eodem. Rei annonariae emolumenta tractantes, cognovimus, hanc esse causam maxime reliquorum⁵⁵⁾, quod nonnulli captantes aliquorum momentarias necessitates sub hac conditione fundos comparant, ut ne reliqua eorum fisco inferant, et immunes eos possideant. Ideoque placuit, ut si quem constiterit huiusmodi habuisse contractum, atque hac lege possessionem esse mercatum: tam pro solitis censibus fundi comparati, quam pro reliquis universis eiusdem possessionis obnoxius teneatur: *cum necesse sit, cum, qui comparavit, censum rei comparatae agnoscere: nec liceat cuiquam rem sine censu comparare vel vendere*⁵⁶⁾.

L. 3. Cod. eodem. Omnes pro his agris, quos possident, publicas pensationes agnoscant: *nec pactionibus contrariis adiuvantur, si venditor apud se collationis sarcinam pactione illicita voluerit retinere.*

Diesen sind noch folgende zwey Stellen aus dem Theodosianischen Coder beyzufügen.

L. 2.

55) *Reliqua* sind rückständige Abgaben, tributa praeteriti temporis. *S. Jac. GOTHOFREDI Glossarium Cod. Theodof. h. voc. in Tom. VI. pag. 261.* Daß solche Rückstände, wenn sie der Käufer bezahlet, von dem Verkäufer wieder gefordert werden können, hat wohl keinen Zweifel. Allein es ist von diesen allein in dem Gesetz die Rede nicht, sondern von einer gänzlichlichen Immunität, die sich der Käufer ausbedungen hatte: Diese wird hier gemißbilliget.

56) Dieses Gesetz ist aus *L. 1. Cod. Theod. Sine censu vel reliquis*, und *L. 2. Cod. de contrah. emt.* zusammengesetzt.

L. 2. Cod. Theod. eodem. Mancipia adscripta censibus ⁵⁷⁾ intra provinciae terminos distrahantur, et qui emptione dominium nacti fuerint, inspiciendum ⁵⁸⁾ sibi cognoscant. Id quod in possessione quoque servari rationis est. *Sublatis pactionibus eorundem* ⁵⁹⁾ onera et pensitationes publicae ad eorum sollicitudinem spectent, ad quorum dominium possessiones eadem migraverunt.

L. 4. Cod. Theod. eodem. Dominum, qui fructus capit, tributa exigere iustum est.

§. 986.

II. Verbindlichkeiten von Selten des Käufers.

Der Käufer ist dagegen I. zur Bezahlung des Kaufgeldes, und zwar gleich nach gescheneher Uebergabe, verpflichtet. So lange er dieser Verbindlichkeit kein Genüge gethan hat, geht auch das Eigenthum nicht auf ihn über, wenn ihm nicht etwa das Kaufgeld creditirt worden ist ⁶⁰⁾. Wird das Kaufgeld nicht gleich bezahlt, so ist der Käufer solches zu verzinsen (schuldig ⁶¹⁾). Der Grund hiervon liegt nicht

57) Sklaven, welche, wie die Güter, in dem Katastrum mit Steuern belegt waren.

58) *Inspicere* ist hier soviel, als *agnoscere tributa*. Sie sollen die Steuern selbst entrichten. S. GOTHOFREDI Glossar. h. Voc.

59) *Sc. emtorum*. So *Inc. GOTHOFREDUS* in Comm. ad h. L. Allein *Westphal* vom Kauf §. 630. will *eorundem* lesen *sc. possessionum*.

60) §. 41. I. de rer. divif. L. 19. D. h. t. S. den 8. Th. dieses Commentars §. 582. S. 113. f.

61) S. *Gabr. SCHWEDER* Diss. de usuris pretii tardius soluti. Tubingae 1689 und *Ab. Diet. Webers* Versuche über das Civilrecht. Nr. III. §. 7. S. 252. ff.

nicht immer in einem zu Schulden gebrachten ungebührlichen Verzuge; sondern er kann 1) in einem Vertrage beruhen, wenn Zinsen bedungen worden sind. Hier kann der Zinsen wegen auch eine besondere Klage erhoben werden⁶²⁾.

L. 5. Cod. de pactis inter emptor. et venditor. compos.
Initio venditionis si pactus es, ut is, cui vendidisti possessionem, pretii tardius exsoluti tibi usuras pensitaret; non immerito existimas, etiam eas tibi, adito praeside provinciae, ab emptore praestari debere.

2) Besonders aber können die Zinsen von dem Kaufgelde alsdann gefordert werden, wenn der Käufer die Bezahlung desselben ohne rechtmäßigen Grund verzögerte. Hier begründet die *mora* des Käufers eine Verbindlichkeit zur Bezahlung der Zinsen, welche a) wenn das Kaufgeld creditirt, und auf Termine gesetzt worden, erst nach Ablauf derselben; b) wenn das Kaufgeld zwar geborgt, aber keine Zahlungszeit bestimmt worden, von Zeit der geschehenen Erinnerung, oder Interpellation an, sie geschehe übrigens gerichtlich oder außgerichtlich⁶³⁾; und c) wenn das Kaufgeld nicht creditirt worden ist, gleich nach geschehener Uebergabe der Sache eintritt⁶⁴⁾. Von dieser *mora* handeln folgende Gesetze.

L. 5. Cod. cit. Nam si initio contractus non est pactus, si coeperis experiri, deberi ex mora duntaxat usuras;

62) Westphal vom Kauf. S. 556.

63) *L. 32. pr. D. de usuris.*

64) Ge. BROEKEL Diss. de usuris pretii, an et a quoniam tempore mercator illas exigere possit? Goettingae 1770.

ras, tam ab ipso debitore, quam ab eo, qui in omnem causam emti suam fidem adstrinxit, de iure postulabis.

L. 13. §. 20. D. de act. emti et vend. Veniunt autem in hoc iudicium sc. venditi — item *usuras pretii post diem traditionis*; nam cum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere.

L. 2. Cod. de usuris: Usuras emtor, cui possessio rei tradita est, si pretium venditori non obtulerit: quamvis pecuniam obfignatam in depositi causam habuerit, aequitatis ratione praestare cogitur.

Die mora des Käufers entsteht hier ex re, und erfordert daher keine Interpellation, obwohl Giphart⁶⁵⁾ irrig das Gegentheil behauptet. Denn die von ihm angeführten *L. 13. Cod. de act. emti et vend.* Venditor quoque pretium tantam, ac, *si mora intercessisse probetur, usuras officio iudicis exigere potest.*, und *L. 19. D. de peric. et comm. rei vend.* Venditori, *si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit*, non omne omnino, quod venditor, mora non facta, consequi potuit; veluti si negotiator fuit, et pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris, quaerere potuit, beweisen seine Meinung nicht⁶⁶⁾. Eben so ungegründet ist Leyfers⁶⁷⁾ Behauptung, welcher nicht erst von

65) Exposit. difficilior, LL. Cod. ad L. 5. de act. emti et vend.

66) S. PRANTZKIUS Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. nr. 423. seqq. STRUBENS rechtliche Bedenken. 3. Th. Bed. 89. de COCCERJUS ius civ. controuv. Lib. XIX. Tit. I. Qu. 16. Ios. FINESTRES in Hermogeniano ad L. 19. D. de peric. et comm. rei vend. pag. 464. sqq. und PROKEL cit. Diss. §. 13.

67) Meditat. ad, Pand. Vol. III. Specim. CCXI. medit. 2.

von der Zeit der geschēhenen Uebersieferung der Sache, sondern schon von dem Moment an, da der Kauf zur Richtigkeit gekommen ist, den Käufer zur Bezahlung der Zinsen des Kaufgeldes verurtheilt wissen will, wenn er von dieser Zeit an die Früchte erhalten hat. Denn eine Verbindlichkeit zur Bezahlung der Zinsen des Kaufgeldes kann ja nicht früher entstehen, als dem Verkäufer die Klage aus dem Contract zustand. Diese steht aber demselben erst nach der Uebergabe der Sache zu ⁶⁸⁾; daher wird auch erst von dieser Zeit an der Anfang der mora auf Seiten des Käufers gerechnet. *Post rem iraditam*, sagt Paulus ⁶⁹⁾, *nisi emtor pretium statim exsolvat, usuras eius praestare cogendus est*. Uebrigens werden diese Zinsen nach dem römischen Recht nur bey der erhobenen Klage auf die Bezahlung des Kaufgeldes officio iudicis zuerkannt; ist das Kaufgeld einmal bezahlt, wenn gleich die Bezahlung erst nach eingetretener mora des Käufers erfolgte, so findet der Zinsen wegen keine Klage weiter Statt, wie Hermogenian L. 49. §. 1. *D. de act. emti et vend.* lehrt: *Pretii sorte, licet post moram, soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur*. Zwar will dieses Westphal ⁷⁰⁾ für eine bloße römische Aengstlichkeit halten, auf die heutzutage keine Rücksicht mehr zu nehmen sey; jezt heiße es: *ubi non deficit ius, ibi non deficit actio*. Allein daß er hierin die Meinung der bewährtesten praktischen Rechtsgelehr.

68) L. 25. *D. de act. emti et vend.* L. 4. *in fin. D. de rescind. vendit.*

69) Sent. recept. Lib. II. Tit. 17. §. 9.

70) Vom Kaufe §. 557.

gelehrten gegen sich habe, ist schon an einem andern Orte ⁷¹⁾ bemerkt worden.

3) Zuweilen muß der Käufer das Kaufgeld verzinsen, wenn er gleich weder Zinsen versprochen, noch sich eines widerrechtlichen Verzugs schuldig gemacht hat, sondern ge- rechte Ursache hatte, das Kaufgeld zurück zu behalten. Dieß ist der Fall, wenn ihn ein Dritter wegen der Sache in Anspruch nahm, und ihm daher eine Entwähnung drohete, oder wenn ihm die Bezahlung des Kaufgeldes vom Richter selbst war verboten worden, weil ein Dritter dasselbe mit Arrest belegen ließ. Hier liegt der Grund in einer gesetzlich anerkannten Billigkeit. Vermöge derselben soll sich der Käufer ohne Bewilligung des Verkäufers nicht unentgeltlich in dem Genuß der Sache und des Kaufgeldes befinden, sondern das letztere schlechterdings verzinsen, gesetzt auch, daß er beweisen könnte, er habe die ihm übergebene Sache oder das zurückbehaltene Geld ganz ungenutzt gelassen, genug wenn er es hätte benutzen können, wie folgende Gesetze stellen beweisen,

L. 13. §. 20. et 21. D. de act. emti et vend. Cum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere. Possessionem autem traditam accipere debemus, etsi precaria sit possessio: hoc enim solum spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi.

L. 5. Cod. de act. emti et vend. Curabit Praefes provinciae, compellere emtorem, qui nactus possessionem fructus percepit, partem pretii, quam penes se habet, cum usuris restituere: quas et perceptorum fructuum

71) S. den 4. Th. dieses Commentars S. 331. S. 429. f.

ctuum ratio, et minoris aetatis favor, licet nulla mora intercesserit, generavit.

Daß in dem letzteren Geses der Verkäufer zugleich minderjährig war, ist, wie Westphal ⁷²⁾ ganz richtig bemerkt hat, nicht der Hauptentscheidungsgrund. Dieser beruhet darin, daß der Käufer den Besiß der Sache erhalten, und die Früchte derselben gezogen hatte. Dieser Grund würde dem Verkäufer auf jeden Fall zu Statten gekommen seyn, auch wenn er großjährig gewesen wäre. Dennoch sind mehrere Rechtsgelehrten anderer Meinung. Sie glauben von einem mit Arrest belegten Kapital dürften keine Zinsen bezahlt werden ⁷³⁾, und auch eine bevorstehende Eviction bestreye den Käufer von den Zinsen ⁷⁴⁾. Allein weder das eine noch das andere läßt sich rechtfertigen. Der gerichtliche Arrest soll nur, zur Sicherheit desjenigen, der ihn auswirkte, verhindern, daß das Kaufgeld nicht in die Hände des Verkäufers gerathe. Er giebt aber dem Käufer nicht mehr Recht an diesem Gelde, als er vorher schon hatte. Er ändert also auch das Rechtsverhältniß desselben nicht in dem Betrachzte, daß dieser nun beydes, Waare und Kaufgeld, unentgeltlich gebrauchten

72) Vom Kaufe §. 553. a. E. Man sehe auch Webers Versuche a. a. O. §. 7. S. 256. ff.

73) Struben rechtliche Bedenken. Th. IV. Bed. 102. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 475.

74) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 53. MENCKEN Gymnasium iuris polem. Diff. XIV. Th. 2. MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum Tom. III. Obs. 437. Hufeland a. a. O. Not. b.

hen dürfen⁷⁵⁾. Eben so wenig darf sich aber auch der Käufer, gegen den ein Dritter die Eigenthumsklage angestellt hat, darum, weil er nicht schuldig ist, dem Verkäufer vor bestellter Sicherheit das Kaufgeld zu bezahlen⁷⁶⁾, für berechtigt halten, dasselbe neben der Sache zu benutzen, wenn er es nicht verzinsen will⁷⁷⁾. Nur durch ordnungsmäßige Deposition des Geldes würde der Käufer von den Zinsen frey werden⁷⁸⁾. Unterläßt er dieses, so ist er unstreitig Zinsen zu bezahlen schuldig, gesetzt auch, daß er zeigen wollte, er habe das zurückbehaltene Geld unbenutzt gelassen, oder er sey am Gebrauche der Sache zufällig gehindert worden⁷⁹⁾. Leyser⁸⁰⁾ ist zwar anderer Meinung; allein schon Pufendorf⁸¹⁾ bestritte diese Meinung, und

75) *S. de COCCEJI ius civ. controv. Lib. XIX. Tit. I. Qu. 16. Ampl. 3. et ad Eundem EMMINGHAUS not. 2. Tom. II. p. 454. und Weber § angef. Versuche C. 261.*

76) *L. 18. §. 1. D. de peric. et comm. rei vend. L. 24. Cod. de eviction.*

77) *VOET Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. I. §. 19. CARPZOV Iurispr. for. P. III Const. 34. Def. 38. de COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XIX. Tit. I. Qu. 17. und WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. IV. Membr. IV. Subl. 1. §. 14.*

78) *L. 18. §. 1. D. de Usur. Post traditam possessionem defuncto venditore, cui successor incertus fuit, medii quoque temporis usurae pretii, quod in causa depositi non fuit, praestabuntur.*

79) *LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. XIX. Tit. I. §. 56.*

80) *Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXI. medit. 5. in fin. et Specim. CCXLIII. medit. 11.*

81) *Observation. iuris univ. Tom. III, Obs. 170.*

und Weber ⁸²⁾ hat sie gründlich widerlegt. Es darf uns nicht irre machen, wenn die oben angeführten Gesetze der Perception der Früchte namentlich gedenken, und hierin einen besondern Grund der Billigkeit setzen, die Zinsen des Kaufgeldes von Zeit des erhaltenen Besizes an zu bezahlen. Denn dieses bezieht sich offenbar nur darauf, daß mit dem Besiz auch gemeiniglich der Genuß der Früchte verbunden ist. Nur in dieser Beziehung sagt daher Paulus L. 16. §. 1. *D. de usuris: iniquum esse, usuras ab eo exigi, qui fructus non percepisset*, weil in dem Falle, welchen er hier entschied, der Käufer dem Verkäufer die Einrede entgegengesetzt hatte, daß ihm der Besiz noch nicht übergeben sey ⁸³⁾. Daß es aber schon genug sey, wenn der Käufer durch Uebergabe der Sache rechtlich in den Stand gesetzt ist, dieselbe zu benutzen, wird in der oben angeführten L. 13. §. 21. *D. de act. emi vend.* deutlich erklärt. Daher kann auch die Größe der Zinsen nicht nach der Größe des Nutzens bestimmt werden, den der Käufer gezogen hat, weil eine solche Berechnung sehr unsicher, und mit vielen Schwierigkeiten verbunden seyn würde ⁸⁴⁾, sondern der Käufer muß immer die ordentlichen gesetzmäßigen Zinsen bezahlen.

82) Versuche a. a. O. S. 259.

83) Ganz anders würde gewiß die Entscheidung ausgefallen seyn, wenn der Käufer eingeräumt hätte, den Besiz der Sache erhalten zu haben. Hier würde ihm wohl die Einrede, er habe keine Früchte gezogen, nicht zu Statten gekommen seyn.
S. FRANTZKII Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. nr. 420.

84) S. FRANTZKIUS in Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. nr. 384. sqq.

ten⁸⁵⁾). Außer diesen Zinsen kann auch der Verkäufer kein weiteres Interesse in Anschlag bringen⁸⁶⁾).

Man streitet noch darüber, ob auch ein Kaufmann von rückständigen Waarenschulden Zinsen zu fordern be-
rechtiget sey⁸⁷⁾? Einige⁸⁸⁾ wollen den Kaufleuten die-
ses Recht schlechterdings, und zwar aus dem Grunde ab-
sprechen, weil ein Kaufmann seine Waaren schon mit Ge-
winn

85) L. 1. pr. L. 37. D. de usuris.

86) L. 19. D. de peric. et comm. rei vend. Diesem ist L. 2. in
fin. D. de eo, quod certo loco nicht entgegen, denn in diesem
Gesetz ist von dem Falle die Rede, da das Geld an einem be-
stimmten Orte zu bezahlen, ausdrücklich war versprochen wor-
den. Hier kommt freylich das interesse loci, und aller entzo-
gene Gewinn in Anschlag, wenn die Bezahlung nicht an die-
sem Orte geschah. Die *condictio de eo, quod certo loco*,
welche in diesem Falle Statt hat, ist deswegen eine *actio ar-
bitraria*. Wenn die Zinsen des schuldigen Kaufgeldes, wenn
solche nicht besonders ausbedungen worden sind, können nur
officio iudicis zuerkannt, aber mit keiner eigenen Klage gefor-
dert werden. Der Richter kann aber nur auf die gesetzmäßig-
gen Zinsen erkennen. S. *Ger. NOODT de foenore et usuris*
Lib. II. cap. 6. und *Ios. FINESTRES in Hermogeniano. ad L. 19.*
D. de peric. et comm. rei vend. §. 9 et 10. pag. 469. sqq.

87) *Traug. THOMASII Probl. iurid. an mercator usuras pretii
exigere possit? Lipsiae 1734. Christ. Gotth. GUTSCHMID lura
mercatorum in exigendis usuris ex mora in solvendo mercium
pretio facta. Lipsiae 1751. Ge. BROEKEL Diss. de usuris pre-
tium, an et a quonam tempore mercator illas exigere possit?
Goettingae 1770.*

88) MEVIUS P. III. Decis. 11. STRUV Synt. iuris civ. Exerc.
XXVII. Th. 48. CHRISTINAELUS Decis. Vol. III. Decis. 43^a
nr. 7. sqq. RICHTER Decis. LXXIV. nr. 51. et 52.

winn verkaufe, und es unbillig sey, durch Forderung der Zinsen einen doppelten Gewinn zu ziehen. Andere⁸⁹⁾ behaupten, der Kaufmann könne nur beym Großhandel, das heißt, wenn er Waaren in größern Quantitäten der Zahl, des Maßes oder des Gewichts verkauft, nicht beym Detail-Handel Zinsen fordern. Viele⁹⁰⁾ sagen ferner, nach dem Herkommen unter Kaufleuten werde die Forderung der Zinsen von Waarenschulden nur dann für rechtmäßig gehalten, wenn die Schuld nicht binnen Jahresfrist nach geschlossenem Kaufe und erfolgter Ueberlieferung der Waaren bezahlt worden ist. Darauf werde auch in den Gerichten, wie auf jeden andern notorischen Handelsgebrauch, gesprochen. Noch andere⁹¹⁾ meinen, der Kaufmann könne die Zinsen von der Zeit an fordern, da er den Schuldner durch Einreichung des Conto, oder gerichtlich gemahnt hat. Allein es ist durchaus kein Grund vorhanden, in Ansehung rückständiger Waarenschulden von den Grundsätzen des gemeinen Rechts abzuweichen.

Die

89) VOET Comm. ad Pand. Lib. XXII. Tit. 1. §. 12.

90) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXI. medit. 7. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 151. de BEHMER NOV. iure controv. Tom. II. Obs. 109 Joh. Ehrst. Lud. Fresenius Meditationen für Rechtsgelehrte. 2 Band. Medit. IV. S. 140. ff. Fischers Cameral. und Polizeyrecht. 3. Band S. 192. Lobethan Grundsätze des Handlungsrechts §. 89. und Kunde Beyträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände. 1. Band Nr. VI. S. 203. ff.

91) Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 31. WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 427. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 1934. not. f.

Die meisten Rechtsgelehrten ⁹²⁾ stimmen daher darin überein, daß auch dieser Punkt nach eben den Grundsätzen zu beurtheilen sey, welche von den Zinsen des Kaufgeldes überhaupt gelten. Denn die oben angeführten Gesetze reden ganz allgemein, und machen in Ansehung der Kaufleute keine Ausnahme. Ja die Gesetze ⁹³⁾ erlauben nicht nur überhaupt den Kaufleuten, Zinsen zu fordern, sondern sie begünstigen sogar dieselben in Ansehung der Zinsen mehr, als andere Gläubiger, indem sie ihnen erlauben, acht vom Hundert zu nehmen ⁹⁴⁾.

§. 987.

Fortsetzung.

Der Käufer ist ferner II. den Kaufpreis mit solchem Gelde zu bezahlen schuldig, welches der Verkäufer behalten kann. Er darf ihn also nicht mit fremden Gelde ohne Einwilligung des Eigenthümers bezahlen. Die römischen Rechtsgelehrten machen uns hier auf einen Unterschied aufmerksam, der zwischen dem Käufer und Verkäufer Statt findet. Letzter thut seiner Verbindlichkeit ein Genüge, wenn er dem Käufer die Sache übergiebt, und ihn auf den Fall, da

92) *Tob. Jac. REINHARTH Select. Observat. ad Christinaei Decisiones. Vol. I. Obs. 76. WALCH Introd. in controv. juris civ. Sect. III. Cap. IV. membr. IV. Subst. I. §. 13. Weber Versuche über das Civilrecht. S. 259. BROEKEL cit. Diss. §. 16. et 17. MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum Tom. II. Fasc. II. Obs. 433. GÜNTHER Princip. juris Rom. privati noviss. T. II. §. 962. not. f.*

93) *L. 29. D. de peric. et comm. rei vend.*

94) *L. 26. §. 1. Cod. de Usuris.*

da ein Dritter ihm etwa die Sache abstreiten sollte, die Eviction leistet. Wird die Sache nicht entwährt, so findet gegen ihn keine Klage Statt, wenn auch eine fremde Sache wäre verkauft worden, wosern dem Verkäufer nur kein Dolus zur Last fällt. Anders verhält sich's mit dem Käufer. Von diesem sagt Ulpian *L. 11. §. 2. D. de act. emti et vend.* nummos venditoris facere cogitur; und Paulus fügt *L. 1. D. de rerum permutat.* noch hinzu: Emtor, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito. Der Verkäufer kann also sofort gegen den Käufer klagen, wenn das bezahlte Kaufgeld kein Eigenthum des letztern war. Der Grund, sagt Westphal⁹⁵⁾, liegt in dem Unterschiede zwischen dare und tradere, zu diesem ist der Verkäufer, zu jenem aber der Käufer verpflichtet. Nur Ersteres schließt den Begriff von Uebertragung des Eigenthums in sich, nicht letzteres. Hat nun der Käufer den Verkäufer mit fremden Geldern bezahlt, so lassen sich hier folgende Fälle gedenken. a) Der Käufer hat mit des Verkäufers eigenem Gelde das Kaufgeld bezahlt. Hier wird er von seiner Verbindlichkeit nicht frey, sondern der Verkäufer behält seinen Anspruch auf das ganze Kaufgeld eben so, als ob gar nichts bezahlt worden wäre.

L. 7. Cod. de act. emti et vend. Consequens est, integram te habere actionem pretii, cum proprii venditoris nummi soluti non praestent emtori liberationem.

b) Der Käufer hat mit dem Gelde eines dritten Eigenthümers ohne dessen Einwilligung bezahlt. Hier kann der Eigenthümer das Geld vindiciren, sofern es noch in Natur beisammen ist. Hat aber der Verkäufer das fremde

95) Vom Kaufe S. 550.

de Geld schon mit seinem eigenen Gelde so vermischt, daß es nicht mehr von einander zu unterscheiden ist, so erwirbt der Verkäufer das Eigenthum daran durch die Commixtion, und der Eigenthümer des Geldes muß sich an den Käufer halten ⁹⁶). Auf keine Weise kann jedoch der Eigenthümer des Geldes die damit bezahlte Sache selbst in Anspruch nehmen, wosfern er nicht zu den Personen gehört, welche das Vorrecht haben, daß Sachen, welche mit ihrem Gelde gekauft sind, ihr Eigenthum werden, wenn sie auf keine andere Art entschädiget werden können ⁹⁷).

III. Der Käufer ist nicht minder dem Verkäufer zur Erstattung aller nach Abschluß des Kaufs aufgewandten nothwendigen und nützlichen Auslagen und Unkosten verbunden, weil ihm von der Zeit an alle Vortheile und Nuthungen der Sache gehören.

L. 13. §. 22. D. de act. emti et vend. Praeterea ex vendito agendo, consequetur etiam sumtus, qui facti sunt in re distracta: utputa si quid in aedificia distracta erogatum est. Scribit enim *Labeo et Trebatius*, esse ex vendito hoc nomine actionem.

L. 13. Cod. eodem. Fructus post perfectum iure contractum emptoris spectare convenit, ad quem et functionum gravamen (die Last der Abgaben) pertinet.

L. 16. Cod. eodem. Post perfectam venditionem foetus quidem pecorum emptori, venditori vero sumtus, si quos bona fide fecerit, restitui debere notissimum est.

End.

⁹⁶) *L. 78. D. de solution.*

⁹⁷) *S. den 8. Theil dieses Commentärs. S. 585. S. 159. ff.*

Endlich IV. muß auch der Käufer dem Verkäufer allen mit Vorsatz oder aus Nachlässigkeit verursachten Schaden vergüten. Dahin gehört wenn der Käufer von der ihm verkauften Sache vorher etwas entwendet, und durch diese Arglist es dahin zu bringen gewußt hat, daß ihm der Verkäufer die Sache wohlfeiler verkaufen mußte⁹⁸⁾, oder wenn der Käufer durch rechtswidrige Verzögerung in Annehmung der Sache den Verkäufer in Schäden und Kosten gesetzt hat⁹⁹⁾.

§. 988.

Erfüllung des Kaufcontractes und deren rechtliche Folgen.

Von der Schließung des Kaufs ist die Erfüllung desselben zu unterscheiden. Diese geschieht von Seiten des Verkäufers durch die auf gesetzmäßige Art bewirkte Uebergabe der Sache, von Seiten des Käufers aber durch die Bezahlung des Kaufgeldes. Von dieser Erfüllung hängt die Uebertragung des Eigenthums ab. Der Zahlung wird jedoch auch jede andere Befriedigung des Verkäufers, so wie Creditgebung, welche nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend durch Annahme eines Bürgen oder einer andern Sicherheit geschehen kann, gleichgeachtet¹⁰⁰⁾.

L. 19, D. h. t. Quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione.

§ 2

L. 5.

98) *L. 13. §. 5. D. de act. emti et vend.*

99) *L. 38. §. 1. D. eodem.*

100) *VOET Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 11.*

L. 5. §. 18. D. de tribat. act. Res venditae non alias desinunt esse, meae quamvis vendidero, nisi aere soluto, vel fideiussore dato, vel alias satisfacto.

L. 53. D. h. t. Ut res emtoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium, an eo nomine fideiussor datus sit. Quod autem de fideiussore diximus, plenius acceptum est, qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est, veluti expromissore, aut pignore dato, proinde sit, ac si pretium solutum esset.

Uebrigens wird ein Kauf auf Borg im Zweifel nicht vermuthet¹⁾).

§. 989.

Natur des Kaufcontractes. Wer kann kaufen und verkaufen?

Aus dem Vorhergehenden ergiebt sich, daß der Kauf ein Bilateral-Contract sey, welcher mit wechselseitigen Prästationen verbunden ist, und, als Consensualcontract, jediglich nach der Vernunft und Billigkeit beurtheilt werden muß. Er ist daher auch bey vorkommenden Dunkelheiten immer so zu erklären, wie es der Natur dieses Contractes am gemäßesten ist. Insonderheit hat man bey der Erklärung desselben auf die Umstände zu sehen, welche zur Zeit seiner Errichtung vorhanden waren²⁾. Denn der Verkäufer ist nicht schuldig mehr zu liefern, als er hat verkaufen wollen, und zu verkaufen verprochen hat. Bleibe dieses jedoch zweifelhaft, so ist der Contract wider den Verkäufer zu erklären, sofern es an ihm lag, denselben deutlicher

1) S. WALCH Introd. in controv. iur. civ. pag. 699.

2) L. 69. L. 77. D. h. t. S. Westphal §. 31.

licher zu lassen ³⁾). Aus der Natur dieses Contracts erklärt sich auch, daß jeder kaufen und verkaufen dürfe, welcher einwilligen, und über seine Güter selbst verfügen kann, so weit ihm nicht gesetzliche Verordnungen im Wege stehen. Denn so dürfen 1) Vormünder nicht Sachen ihrer Mündel und Pflegbefohlenen für sich kaufen ⁴⁾); weit, wie Ulpian ⁵⁾ sagt, der Vormund nicht Käufer und Verkäufer zugleich seyn kann. Soll ein solcher Kauf gelten, so muß die Erlaubniß der Obrigkeit, oder die Einwilligung des Mitvormundes hinzukommen ⁶⁾. Auch ist den Vormündern bey öffentlichen Versteigerungen Sachen ihrer Mündel zu kaufen unversehrt ⁷⁾. Außerdem darf der Vormund weder selbst noch durch eine Mittelsperson Sachen seines Mündels an sich kaufen ⁸⁾. Der Kauf ist nichtig, und kann zu jeder Zeit angefochten werden, wenn nicht der Mündel nach erreichter Großjährigkeit denselben genehmiget ⁹⁾. Dasselbe gilt auch von Procuratoren und andern

3) L. 21. L. 33. D. h. t. L. 39. D. de pactis. L. 172. pr. D. de div. reg. iur. Diesen Stellen ist die L. 34. pr. D. h. t. nicht entgegen, wie schon an einem andern Orte gezeigt worden ist. S. den 4. Th. dieses Commentars §. 297. S. 161. vergl. mit §. 344. S. 569.

4) L. 34. §. 7. D. h. t.

5) L. 5. §. 2. D. de auctor. tutor. Eigentlich beruhet das ganze Verbot auf dem Grundsatz des Röm. Rechts; tutor in rem suam auctor fieri nequit. — L. 7. pr. D. eodem.

6) L. 5. §. 2. D. de auct. tut.

7) L. 5. Cpd. h. t.

8) L. 5. §. 3. et 4. D. de auct. tutor.

9) L. 5. §. 2. D. eodem.

andern Verwaltern fremder Güter in Ansehung der ihrer Verwaltung anvertrauten Sachen ¹⁰⁾. Denn auch sie würden, zum Nachtheil des Eigenthümers, Käufer und Verkäufer zugleich werden. Daß diese jedoch mit Einwilligung der Eigenthümer solche Sachen an sich kaufen dürfen, hat keinen Zweifel ¹¹⁾. Es läßt sich ferner mit Grund behaupten, daß auch Staatsbeamte diejenigen Sachen und Güter, deren Verkauf durch ihre Dazwischenkunft geschieht, nicht selbst kaufen dürfen. Denn die Verordnung der Kaiser Sever und Antoninus, welche Marcian L. 46. D. h. t. anführt, sagt ganz allgemein, daß diejenigen, welche Sachen, die ihrer Amtsverwaltung anvertraut sind, oder deren Veräußerung unter ihrer Leitung steht, widerrechtlich an sich kaufen, nicht nur mit dem Verlust der Sache, sondern auch noch überdem mit dem vierfachen Erfasse des Werths bestraft werden sollen. *Non licet ex officio, quod administrat quis, emere quid, vel per se, vel per aliam personam: alioquin non tantum rem amittit, sed et in quadruplum convenitur secundum constitutionem Severi et Antonini* ¹²⁾. Die folgenden Worte: *Et hoc ad Procuratorem quoque Caesaris pertinet*, bestärken dieses noch mehr, besonders wenn man damit noch die L. 18. Cod. de rescind. vendit. verbindet. Unrichtig ist es jedoch, wenn Anton Faber ¹³⁾ die Strafe des vierfachen Erfasses nur auf Magistratspersonen einschränkt.

10) L. 34. §. 7. D. h. t.

11) Westphal. §. 43.

12) Man sehe über diese Stelle Ios. FINESTRES Hermogenian. pag. 1009. §. 5.

13) Rational, in Pand. ad L. 46. D. h. t.

schränken will, welchen deshalb Ulrich Zuber ¹⁴⁾ mit Recht widerlegt. 2) Auch Magistratspersonen dürften bey den Römern, besonders die in den Provinzen, während der Zeit ihrer Amtsführung, von ihren Untergebenen, auffer dem, was zu ihren täglichen Bedürfnissen gehörte, nichts kaufen ¹⁵⁾, weil man glaubte, die Gewalt und das große Ansehen derselben werde die freye Einwilligung auf Seiten der Verkäufer hindern ¹⁶⁾. Es war damit nicht nur die Ungültigkeit des Handels, sondern auch die Confiscation des Werths verknüpft. ¹⁷⁾ Heut zu Tage fällt aber dieses Verbot weg ¹⁸⁾. 3) Dem Geist dieser Verordnungen gemäß behaupten auch viele ¹⁹⁾, daß der Arzte mit

14) EUNOM. Rom. ad h. L. 46. D. h. t. S. auch *Aut. SCHULTING* Thes. contro. Dec. 63. Th. 8. Man behauptet jedoch, die Strafe des Vierfachen finde jetzt nicht mehr Statt. S. *Höpfner's* Commentar über die Helnecc. Institutionen §. 212.

15) L. 62. D. h. t. l. 6. §. ult. *D. de officio Proconsul. l. un. §. 2. et 3. Cod. de contract. iudic. Nov. Leonis LXXXIV.* *Jac. CUJACIUS* Observat. Lib. XVI. cap. 13. *Jac. RAEVARDUS* Varior. Lib. II cap. 20. *Io. Jac. WISSENBACH* Exercitat. ad Pand. P. I. Disput. 34. Th. 7. *Io. VOET* Comm. ad Pand. h. t. §. 10. und *Wesphal* §. 44.

16) Diesen Grund führt *CICERO* in *Verrem* Lib. IV. cap. 5. an, wo er sagt: Quae fuit causa, cur tam diligenter nos in provinciis ab emtionibus removerent maiores nostri? haec, iudices, quod putabant, ereptionem esse, non emtionem, cum venditori suo arbitrato vendere non liceret.

17) L. 46. §. 2. *D. de iure fisci.* S. *Jos. YINESTRAS* Hermogenian. ad h. L. pag. 1007.

18) *LAUTERBACH* Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 12.

19) *FACHINAEUS* Controv. iur. Lib. II. esp. 25. *ZOESIUS* Comm. ad Pand. h. t. nr. 2. *FARRER* Praelect. ad Cod. Lib. X. Tit. 52

mit seinem Patienten keinen Handel schließen dürfe, während derselbe noch in Gefahr wegen seiner Wiedergenesung schwebt. Die L. 3. D. de extraord. cognit. Si medicus, cui curandos suos oculos, qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per adversa medicamenta inferendo, compulit, ut ei possessiones suas contra fidem bonam aeger venderet: incivile factum Praefes provinciae coerceat, remque restitui iubeat; worauf sich Zellfeld beruft, enthält freylich kein allgemeines Verbot, sondern redet nur eigentlich von einem solchen Falle, wo der Arzt auf eine ungebührliche Art den Kranken bewogen hatte, ihm seine Besitzungen zu verkaufen. Daher läugnen auch viele Rechtsgelehrten,²⁰⁾ die Existenz des angegebenen Verbots. Allein das Gesetz beweiset doch wenigstens die Möglichkeit einer zu besorgenden Gefahr, wenn der Patient seinem Arzte Etwas abzuschlagen wagen wollte. Nun ist in dem ganzen römischen Gesetz-

§. 14. WERNER Select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 213. denen auch Zellfeld und Thibaut im Syst. des Pandectenrechts 2. B. §. 856. bestimmen.

20) STRYK de caut. contract. Sect. II. Cap. 8. §. 5. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXXIX. med. 8—10. Io. SCHULTZ Diss. de contractu medici cum aegrot. Gednii 1689. Ge. Lud. KORNATOWSKY Diss. de valore emt. venditionis inter medicum et aegrotum celebratae. Lipsiae 1739. WALCH Introd. in controv. iuris civ. pag. 590. Mich. God. WERNER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 9. Weber syst. Entwickl. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 64. Not 11. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 2. B. Medit. 96. und Hufeland Lehrbuch des Etollrechts. 1. B. §. 485. Not. 1.

seßbuche der durchaus herrschende Geist unverkennbar, Mißbrauch der Gewalt zum Schaden anderer bey denen zu besorgen, welche mit Gewalt über Andere ausgerüstet sind; und daher Verträge für ungültig zu erklären, bey denen eine Concussion leicht möglich ist, welche die Freyheit der Einwilligung hindern könnte. Es ist dieses nicht blos bey obrigkeitlichen Personen der Fall, wie bereits bemerkt worden ist, sondern auch bey Andern. Denn so kann auch ein Advocat, auffer der ihm gebührenden Belohnung, für seine Bemühung sich keine sonstigen Vorthelle von seinem Clienten versprechen lassen, weil man vermuthet, daß dergleichen Versprechungen nicht aus freiem Willen geschehen seyen ²²). Ein Gleiches scheinen die römischen Gesetzgeber auch bey den Verträgen des Arztes mit seinem Patienten besorgt zu haben, und zwar hier noch mehr, weil der Arzt viel mehr Gewalt über den Kranken hat, als der Advocat über den Clienten. Daher verordnen die Kaiser Valentinian und Valens *L. 9. Cod. de professor. et medicis*: Archiatri, scientes, annonaria sibi commoda a populi commodis ministrari, honeste obsequi tenuioribus malint, quam turpiter servire divitibus. Quos etiam ea patimur accipere, quae sani offerunt pro obsequiis, non ea, quae periclitantes pro salute promittunt. Zwar redet dieses Gesetz nur von Schenkungen, welche der Arzt nicht annehmen soll, wenn der Patient noch wegen seiner Wiedergenesung in Gefahr ist. Allein der Grund ist allgemein, daß sich in diesem Zustande von Seiten des Kranken kein ganz freier Wille annehmen läßt. Man ist daher allerdings berechtigt, diese gesetzliche Ver-

ordnung

21) *L. 1. §. 12. D. de extraord. cognit.*

ordnung auf alle Contracte, welche der Arzt mit seinem Patienten während der Crisis seiner Krankheit schließt, auszudehnen²²⁾. Es ist übrigens merkwürdig, daß hier von *Archiatriis* die Rede ist, worunter bey den Römern theils die kaiserlichen Leibärzte, theils diejenigen Ärzte verstanden wurden, welche für das Römische Volk in den beyden Hauptstädten des Röm. Reichs, Rom und Constantinopel, mit einem öffentlichen Gehalt vom Kaiser angestellt waren²³⁾. Da diese bey den Römern in der größten Achtung standen, und die wichtigsten Privilegien hatten²⁴⁾; so fällt hiermit der Einwand weg, daß die römischen Ärzte nicht derjenigen Achtung wären gewürdiget worden, worauf unsere heutigen Ärzte den gegründetesten Anspruch machen können²⁵⁾. Es beruhet

4) auf

22) Man sehe hier vorzüglich *Neundorf* vermischte Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit. Ulm 1805. Nr. XV.

23) *Iac. GOTHOFREDUS* Comment. ad L. 8. Cod. Theod. de medicis et professorib. Tom. V. pag. 40. edit. *Ritter*.

24) Man sehe Tit. Cod. Theod. de comitibus et archiatriis sacri palatii Lib. VI. Tit. 16. und Tit. Cod. Theodof. de medicis et professoribus. Lib. XIII. Tit. 3. cum Commentar. *Iac. GOTHOFREDI*.

25) Anfangs stand freylich die Arzneykunde bey den Römern in keiner sonderlichen Achtung, wie sie es denn auch nach der Beschreibung, welche uns *SENECA* Epist. 95. von derselben macht, nicht anders verdiente. Sie war mehr Chirurgie, als eigentliche Medicin, und anfangs nur eine Beschäftigung der Sklaven und Freygelassenen. *QUINCTILIAN* Lib. VII. c. 2. *SENECA* de benefic. Lib. III. c. 24. *S. BRISSONNIUS* Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. II. c. 3. et 4. *Weber* von der natürl.

4) auf gleichen Gründen, daß Soldaten keine Güter in der Provinz kaufen sollen, wo sie dienen, ausser wenn es väterliche vom Fiskus verkaufte Güter sind ²⁶). Man besorgte auch hier, daß Furcht vor der Ueberlegenheit des Soldatenstandes die freie Einwilligung bey dem furchtsamen Bürger und Landmann hindern möchte. Ueberhaupt aber glaubte man 5) daß Treibung des Handels dem Soldatenstande so wenig, als dem geistlichen Stande, gezieme ²⁷). Ja damit 6) der Classe der gemeinen Bürger und Kaufleute in ihrer Nahrung und Gewerbe kein Eintrag geschehe, so untersagten die Römer sogar allen vornehmen Standespersonen und reichen Kapitalisten überhaupt den kaufmännischen Handelsverkehr ²⁸). Es wird jedoch diese letztere Vorschrift h. 3. T. nicht mehr beobachtet ²⁹).

§. 990.

natürl. Verbindlichkeit. §. 17. u. 18. Allein wie sehr sich in der Folge die Sache geändert habe, beweisen die Verordnungen der christlichen Kaiser in den angeführten Titeln des Theodosianischen und Justinianischen Codex.

26) *L. 9. pr. D. de re militari.*

27) *L. 1. C. Negotiatores ne militent. Cap. 15. et 16. X. de vita et honestate clericorum.*

28) *L. 3. Cod. de commerc. Nobiliores natalibus et honorum luce conspicuos et patrimonio ditiores, perniciosum urbibus mercimonium exercere prohibemus, ut inter plebeios et negotiatores facilius sit emendi vendendique commercium.*

29) *S. de LUDOLF Observat. for. P. I. Observat. 135. STRUBENS Nebenstunden 3. Th. Abb. XIX. §. 8. S. 384. Ge. Steph. WIESAND Opusc. iurid. Specim. XII. §. 5. MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum Tom. II. Fasc. I. Obs. 387. und KUND E Grundf. des teutschen Privatrechts. §. 272. Anderer Art.*

§. 990.

Nebenverträge des Kaufs. I. Vertrag des Vorkaufs.

Dem Kaufcontract können, wie jedem andern Hauptvertrage, mancherley Bedingungen und Nebenverträge beygefügt werden, welche zum Zweck haben, theils damit der Verkäufer seine Sache dereinst wieder erhalten könne, theils damit er wegen der Bezahlung des Kaufgeldes gesichert, theils auch wegen unbekannter zukünftiger Ansprüche in Rücksicht der verkauften Sache ausser Sorgen sey. Der Verkäufer kann sich auch Vortheile zum Besten eines Dritten z. B. eine Wohnung oder sonst eine Servitut ausbedingen³⁰⁾. Er kann sich nicht minder die Annehmung eines vorthellhaften Handels, der ihm etwa von einem Dritten angeboten werden möchte, vorbehalten. Allein auch der Käufer kann sich durch Nebenverträge manche Vortheile ausbedingen. Von diesen Nebenverträgen ist also hier noch kürzlich zu handeln. Zum Vortheil des Verkäufers gereicht 1) der Vertrag des Vorkaufs (*pactum protimiseos*), wodurch sich derselbe auf den Fall, da der Käufer die Sache einmal wieder verkaufen werde, das Näherrecht vorbehält³¹⁾. Unter dem Näherrecht (*ius protimiseos*, von dem griechischen Worte προτιμῆσις, der Vorzug,) wird überhaupt das Recht verstanden, im Falle der Ueberlassung einer Sache an einen Andern un-

ter

Meinung ist jedoch LEYSER Medicat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXXIX. medit. 1. An einem andern Orte, Vol. X. Specim. DCLXX. medit. 22. behauptet er jedoch, daß dem Adel der Handel en gros erlaubt sey.

30) L. 13. §. 30. L. 53. §. 2. D. de act. emti venditi.

31) L. 75. D. h. t.

ter den lebenden den Vorzug vor diesem zu verlangen, wenn dieselben Bedingungen erfüllt werden, welche der erste Contrahent übernommen hat³²⁾. Dieses Recht kann nun entweder nur so lange der Contract noch nicht durch die Uebergabe vollzogen ist, ausgeübt werden, oder es findet auch noch nach geschעהener Veräußerung gegen den dritten Besizer der Sache Statt. In dem ersten Falle wird es *ius protimiseos* im eigentlichen Sinn, das Einstandsrecht, und insofern es in dem Rechte besteht, bey Schließung eines Kaufs den Vorzug vor jedem andern Käufer zu verlangen, wenn der Berechtigte zur Erfüllung aller derjenigen Bedingungen bereit ist, unter welchen der Andere den Kauf abgeschlossen hat, das Vorkaufsrecht, genannt. In dem letztern aber *ius retractus*, das Näherrecht im eigentlichen Sinn, der Abtrieb, die Lösung³³⁾. Von dem Unterschiede zwischen diesen beyden Arten des Näherrechts wird nachher gehandelt werden. Hier sind noch folgende allgemeine Grundsätze zu bemerken. 1) Das Näherrecht setzt immer einen solchen Fall voraus, wo die demselben unterworfenene Sache durch ein Geschäft unter den Lebenden einem Andern überlassen wird. Es fällt also weg, wenn die

32) S. Ge. Sam. MADIHN Diss. de iure protimiseos, eiusque a iure retractus discrimine. Halae 1758. §. 2. Ueberhaupt ist hier zu empfehlen Carl Fried. Walch's Näherrecht. Jena 1795. 8. Jedoch ist damit zu verbinden Ludw. Fried. Griesinger's gründliche Abhandlung von Lösungen, in Derselben Commentar über das Württemberg. Landrecht 3. Band. S. 684.

33) Noch mehrere Benennungen führt Walch im 2. Hptst. §. 1. S. 15. an.

die Sache mittelst eines letzten Willens auf einen Andern übergeht, es geschehe durch eine Erbeinfetzung oder durch ein Vermächtniß³⁴⁾. Der gewöhnlichste Fall, wo das Näherrecht Anwendung findet, ist zwar der, wenn die Sache durch Kauf einem Andern überlassen wird, doch kann auch zuweilen bey andern Contracten dieses Recht ausgeübt werden, z. B. bey dem Pachtcontract³⁵⁾, auch selbst bey dem Tausche, sofern nur immer der Fall ein solcher ist, wo es dem Contrahenten vollkommen gleichgültig ist, ob derjenige, welchem er seine Sache zunächst überließ, oder überlassen wollte, oder ein Anderer dieselbe erhalte, und dieser auch die nämlichen Bedingungen, welche der erste Contrahent übernommen hat, zu erfüllen im Stande ist, wie noch in der Folge gezeigt werden wird. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß das Näherrecht bey dem Kaufe Statt findet, der Kauf sey ein Privat- oder öffentlicher Kauf, wodurch die Sache von dem Richter an den Meistbietenden überlassen wird³⁶⁾. Nicht alle Rechtsgelehrten sind zwar hierin einverstanden. Viele³⁷⁾ unterscheiden zwischen einer willkührlichen und nothwendigen Subhastation, und lassen zwar bey der erstern das Näherrecht unbedingte zu, wenn der Retrohent durch seine erhaltene Wissenschaft nicht in die Subhastation gewilliget hat, bey der

34) *Walch* I. Buch 3. Hptst. 2. Abschn. §. 19. S. 160. f.

35) *L. 4. Cod. de locat. praedior. civ.*

36) *L. 60. D. de pactis. L. 16. D. de rebus auctor. iud. possid.*

37) *LEYSER* *Meditat. ad Pand.* Vol. III. *Specim. CXCIV. medit. 7. et 8.* *WERNHER* *select. Observ. for.* Tom. III. P. III. *Obs. 24. de* *LUDOLF* *Observat. for.* Vol. I. *Obs. 65.* *STRUV* *Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. §. 61.*

letztern aber nur so lange, als noch keine Adjudication geschehen ist. Andere ³⁸⁾ hingegen wollen bey einem öffentlichen Kaufe gar kein Näherrecht Statt finden lassen. Allein alle diese Meinungen sind längst von andern ³⁹⁾ wiederlegt worden. Man hat aus überzeugenden Gründen erwiesen, daß das Näherrecht bey Subhastationen, sofern es ein dingliches Recht ist, auch noch nach der Adjudication Statt finde ⁴⁰⁾. Nur bey fiskalischen Subhastationen findet eine Ausnahme Statt, bey diesen kann nach der Adjudication das Näherrecht nicht mehr ausgeübt werden ⁴¹⁾. Denn wer etwas vom Fiskus kauft, ist sogleich gegen jeden fremden Anspruch gesichert ⁴²⁾. II. Das Näherrecht besteht in dem Rechte, vor jedem fremden Acquirenten den Vorzug zu verlangen. Es fällt daher weg, wenn die Sache dem nächsten Intestat-Erben per modum anticipatae

38) VOET Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 23. WISENBACH Exerc. ad Pand. Vol. I. Diff. 36. Th. 12. in fin. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. IV. Obf. 688.

39) S. Walch S. 146. f. Gebr. Overbeck Meib. über verschiedene Rechtsmaterien 3. B. Meib. 112. und Griesinger a. a. O. S. 727. f.

40) N edel Abh. Hat das Näherrecht bey Subhastationen vor oder nach der Adjudication Statt? Anspach 1781. 8. Io. Ge. RITTER Diff. de retractu feudali et gentilitio, varisque circa eum controversiis. Bambergae 1787. S. 19 — 36. und Fried. von Bülow und Theob. Hagemann pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 2. Band Erört. LVI.

41) L. 5. Cod. de fide et iure hastas fiscal. L. 2. et 3. Cod. Si propter public. pensitat.

42) L. 1. et 2. Cod. de quadr. praeser.

patae successione überlassen wird ⁴³⁾). Sollte jedoch derselbe die Sache wieder an einen fremden verkaufen, so kann das Näherrecht dann immer noch ausgeübt werden ⁴⁴⁾). III. Wer das Näherrecht ausübt, muß sich zur Erfüllung aller derjenigen Bedingungen verstehen, welche der fremde Acquirent übernommen hat ⁴⁵⁾). Es findet daher nur in solchen Fällen Statt, wo die Erfüllung gleicher Bedingungen möglich ist. Hieraus ist zu beurtheilen, ob das Näherrecht bey einem Tausche ausgeübt werden könne?

Walch

43) LEYSER Specim. CXVII. medit. 1. WERNHER Select. Observat. for. Tom. III. P. II. Obs. 382.

44) S. MADIUS Diss. cit. §. 8. Nr. III.

45) Bey dem bedungenen Vorkaufe ist jedoch die Erfüllung aller Kaufbedingungen, die ein Anderer übernehmen will, eben so wenig wesentlich erforderlich, als die Erlegung desselben Kaufpreises, welchen ein dritter Käufer zu geben bereit ist. Es kann vielmehr ein gewisser Preis unter den Partheyen festgesetzt werden, für welchen die Sache dem ersten Verkäufer auf den Wiederveräußerungsfall, wenn er sie verlangt, wieder überlassen werden soll. Das Wesen des Vorkaufs besteht bloß darin, daß der Käufer die Sache, wenn er sie einmal wieder verkaufen will, an Niemanden, als den Verkäufer, überlassen darf. L. 75. D. de contr. emf. L. 21. §. 5. D. de act. emti vend. Nur bey dem gesetzlichen Näherrechte und dem Retract oder Abtriebe ist die Erfüllung aller Kaufbedingungen, die ein Anderer übernommen hat, und mithin auch die Erlegung des Kaufpreises, welchen ein Dritter gegeben hat, oder zu geben willens ist, wesentlich erforderlich. S. Seiger's und Glück's merkwl. Rechtsfälle u. Abhandlungen 2. B. Nr. 21. und Fried. von Bülow und Theob. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. 2. B. Erört. XXXI.

Walch ⁴⁶⁾ läugnet dieses schlechterdings. Allein es kommt darauf an, ob der Retrahent denjenigen, welcher die Sache durch Tausch an sich brachte, auf eine solche Art schadlos halten kann, daß er, ausser dem Verluste der ihm veräußerten Sache, sonst keinen positiven Nachtheil von der Lösung hat. Ist dieses möglich, so ist auch das Näherrecht beim Tausche nicht auszuschließen ⁴⁷⁾. Man setze also, der Retrahent könnte dem Acquirenten dieselbe Sache, welche er für die zu retrahirende gegeben hat, entweder in Natur wieder verschaffen, oder der Gattung nach ersetzen; und wer wollte wohl an der Möglichkeit eines solchen Falles zweifeln? Man denke sich z. B. den Fall: A veräußerte sein Haus an den B gegen eine bestimmte Quantität Getralbe; oder A vertauschte sein Haus gegen das Haus des B. Das Haus des A ist meinem Näherrechte unterworfen, um dieses ausüben zu können, kaufe ich dem A das Haus des B wieder ab, weil jener mir erklärte, daß er sein Haus lieber verkauft, als gegen das Haus des B vertauscht hätte. Wer kann hier läugnen, daß der Retract in Ansehung des Hauses des A Statt habe, wenn B sein Haus wieder erhält? Dahingegen kann das Näherrecht nicht Statt finden, wenn der Acquirent ausserdem, daß er die zu retrahirende Sache einbüßt, noch einen andern positiven Nachtheil von der Lösung hätte, der ihm durch den Retrahenten nicht wieder ersetzt werden könnte. * Man setze z. B. A habe für das dem Näherrechte unterworfenne Haus 3000 fl. und noch ausserdem einen Acker von 500 fl. gege-

46) Näherrecht. 1. B. 3. Hptst. 2. Abschn. §. 20. S. 162.

47) S. Orléanger in dem angef. Commentar 3. Th. §. 189. S. 691. ff.

Glücks Erläut. d. Pand. 16. Th.

gegeben, den er blos, um das Haus des A zu erhalten, weggab, sonst aber nicht veräußert haben würde. Zwar behaupten in diesem Falle mehrere Rechtsgelehrten⁴⁸⁾, daß wenn das Geld, wie hier, mehr betrage, als die neben dem Gelde gegebene Sache, das Näherrecht darum Statt finde, weil das Geschäft für einen Kauf zu halten sey. Allein diese Meinung steht offenbar mit der Natur des Retracts im Widerspruche; denn wenn es auch an sich seine Richtigkeit hat, daß die römischen Gesetze⁴⁹⁾ in diesem Falle einen Kauf annehmen; so kann doch hier derjenige, gegen welchen der Retract ausgeübt werden wollte, durch den Retractanten nicht wieder in seinen vorigen Zustand versetzt werden, in welchem er vor der Erwerbung der zu retrahirenden Sache war; weil er ausserdem, daß er er das Haus entbehren müßte, auch noch den positiven Nachtheil von diesem Retract hätte, daß er seinen Acker nicht wieder erhielt. Man kann hier nicht einwenden, daß der neben dem Kaufgelde zugegebene Acker, als an Zahlungsstatt gegeben, zu betrachten sey, und daher das Näherrecht darum nicht ausgeschlossen werden könne, weil bey einer die Natur eines Kaufs habenden Uebergabe einer Sache an Zahlungsstatt der Retract unstreitig Statt finde⁵⁰⁾. Denn hier ist nicht gleiches Verhältniß vorhanden. Dem Gläubiger, dem zu seiner Befriedigung eine gewisse

48) CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 32. definit. 15. STRUV Synt. iuris civ. Exercit. XXIII. Th. 62. SCHOEPF De ad. quaest. circa materiam retractus. Tüb. 1737. Qu. 2. nr. 14. **Walch** Näherrecht. S. 162. u. a. m.

49) Arg. L. 79. D. h. t. u. L. 6. §. 1. D. de act. emti et vend.

50) **Walch** 1. B. 3. Hypth. 2. Abschn. §. 16. S. 154.

gewisse Sache für seine Forderung überlassen wurde, kann es vielleicht lieber seyn, sein Geld zu erhalten, als wenn er die Sache, die er an Zahlungs-Statt annahm, hätte behalten müssen. Allein läßt sich wohl, der Natur des Näherrechts gemäß, behaupten, daß der Käufer sich begnügen lassen müsse, wenn ihm von dem Retrahenten der Werth des zugegebenen Ackers ersetzt werde? Es wird ja hier vorausgesetzt, daß der Käufer seinen Acker unter keiner andern Bedingung weggegeben habe, und veräußert haben würde, als um dadurch das in Anspruch genommene Haus zu erhalten. Soll er nun dieses an den Retrahenten abzutreten schuldig seyn, so muß er auch seinen Acker in Natur zurückerhalten, weil aufferdem der Retrahent die Bedingungen des Contracts nicht erfüllen würde, deren Erfüllung doch die Natur des Retracts wesentlich erfordert. Mit Recht vertheidigen diese Meinung auch Wernher⁵¹⁾, Leyser⁵²⁾, und besonders Griesinger⁵³⁾. Aus gleichen Gründen fällt das Näherrecht in allen den Fällen weg, wo der Verkäufer auf irgend eine Art wesentlich dabey interessirt ist, daß nur der Käufer und kein Dritter die veräußerte Sache erhalte, und wo also der Verkäufer persönliche Absichten auf den Käufer bey dem Verkaufe gehabt hat⁵⁴⁾. Dahin gehört, wenn

§ 2

sich

51) Select. Observat. for. Tom. III. P. II. Obf. 422.

52) Medit. ad Pand. Vol. III. Specim. CXIV. Cor. 3.

53) Commentar über das Birtend. Landrecht. 3. Th. §. 190. S. 715. ff.

54) S. Walch's Näherrecht 1. B. 3. Hptst. 2. Abschn. §. 10. S. 143. und §. 26. S. 174. auch §. 28. d. E. S. 177. und in der angehängten Sammlung entschied. Näherrechtsfälle Nr. 32.

sich der Verkäufer auffer dem Kaufgelbe noch andere persönliche Præstationen ausbedungen hat, woben es ihm nicht gleichgültig ist, ob diese der Käufer oder ein Dritter übernehme. Wenn also z. B. der Käufer sich verpflichtet hat, dem Verkäufer, so lange er leben werde, seinen Unterhalt zu geben, ihn zu versorgen, Wohnung und Kost zu geben, so ist hier der Vertrag ohne Zweifel auf ein besonderes Vertrauen gegründet, und es kann daher das Nacherrecht nicht ausgeübt werden, sofern der Retrahent diesem besondern Zutrauen zu entsprechen nicht vermag⁵⁵⁾. Ein Gleiches würde auch in dem Falle gelten, wenn sich der Verkäufer eines Hauses auch nur die lebenslängliche Wohnung in dem Hause ausbedungen hätte, es ihm aber nicht gleichgültig wäre, ob er bey dem Käufer, oder dem dritten Retrahenten im Hause sey⁵⁶⁾. Ein Anders wäre, wenn der Retrahent beweisen könnte, daß der Verkäufer kein Interesse dabey habe, ob ihm der Käufer oder ein Dritter die sich ausbedungene Præstation reiche, oder der Verkäufer selbst erklärt hätte, daß es ihm gleichgültig sey, von wem er seinen Unterhalt genieße⁵⁷⁾, oder der

Ver-

§. 608. auch LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCIV. medit. 1 — 4.

55) S. Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 126. Gebr. Oberbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 8. Th. Medit. 429. Griesingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht. 3. B. §. 192. S. 731. und Christ. Lubw. Kunde Rechtslehre von der Selbstzucht oder dem Altsenrtheile auf deutschen Bauerngütern. 2. Th. §. 68.

56) S. Griesinger a. a. O. S. 731.

57) Klein Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten. 4. B. S. 161.

Verkäufer mit dem Käufer ausgemacht hätte, daß wenn die Sache retrahirt werden würde, an die Stelle der ausbedungenen Prästation eine gewisse Geldsumme treten sollte. Hier würde das Näherrecht ohne allen Zweifel Statt finden⁵⁸⁾. Sollte überdem der Retrahent Ursache haben zu vermuthen, daß bey einer solchen ausbedungenen Prästation bloß die Absicht zum Grunde liege, sein Näherrecht zu vereiteln, so kann er sich der Eidesdelation bedienen⁵⁹⁾. Es entsteht hier die Frage, ob bey einem Freundskaufe, (*venditio gratiosa*) das Näherrecht Statt finde⁶⁰⁾? Da ein Freundskauf ein gemischtes Geschäft ist, welches aus einem Kauf und Schenkungsvertrage besteht⁶¹⁾; so kommt es zunächst darauf an, wer die Freygebigkeit ausübt. Hat bloß der Käufer die Absicht, dem Verkäufer dadurch eine Wohlthat zu erzeigen, daß er mehr für die Sache zahlt, als sie werth ist; so kann das Näherrecht ohne Bedenken ausgeübt werden, weil es ja dem Verkäufer gleichgültig seyn kann, ob ihm der Käufer oder ein Dritter diese Wohlthat erzeigt⁶²⁾. Der Käufer darf aber auch

58) *S. Wolfg. Ad. SCHORFF* Diss. de retractu conventionali et testamentario §. 10. und *Walch* 1. B. 3. Hptst. 2. Abschn. §. 28. S. 176.

59) *FROMMANN* Diss. de iure retractus. §. 71. in fin. und *Griesinger* im angef. Commentar. 3. B. §. 192. S. 732.

60) *S. Gottl. Euseb. OELTZE* Diss. quæ expend. quaestio: An in venditione gratiosa ius protimiseos locum habeat? *Iena* 1767. *Ferd. Christoph. HARTRECHT* Disp. de venditione gratiosa. §. 69—77. und *Walch* s. Näherrecht. 1. B. 3. Hptst. 2. Abschn. §. 29. S. 179. f.

61) S. §. 978. S. 72.

62) *S. Griesingers* Commentar über das Würtemb. Landrecht. 3. Band. §. 193.

auch keinen Schaden leiden. Es ist daher nicht genug, wenn ihm der Retrudent bloß den wahren Werth ersetzt ⁶³). Ist hingegen der Verkäufer derjenige, welcher die Freygebigkeit ausübt, so lassen sich folgende Fälle bedenken. 1) Der Verkäufer hat dem Käufer einen Theil der Sache geschenkt. Hier kommt es darauf an, ob dieser geschenkte Theil von dem gekauften Theile ohne Schaden des Käufers sehr wohl getrennt werden kann, oder ob eine solche Trennung nicht wohl möglich ist. Im ersten Falle findet das Näherrecht wenigstens in Absicht auf den gekauften Theil der Sache Statt, in dem letztern hingegen fällt es weg ⁶⁴). 2) Der Verkäufer hat dem Käufer aus besonderer Zuneigung einen Theil des Kaufpreises geschenkt. Hier findet zwar kein Vorkauf Statt ⁶⁵), allein der gesetzliche Retract kann dadurch nicht ausgeschlossen werden ⁶⁶); jedoch muß der Retrudent dem Käufer den ganzen wahren Werth bezahlen, so wie er von beeidigten Sachverständigen geschätzt wird ⁶⁷).

§. 991.

63) Anderer Meinung ist zwar HARPPECHT cit. Diss. §. 76. Allein man sehe OELTZE cit. Diss. §. 18. et 19.

64) S. HARPPECHT cit. Disputat. §. 72. und GRIEFINGER'S Commentar. 2. Th. §. 192. S. 733.

65) S. MADIHNS Diss. de iure protimiseos. §. 8. nr. IV. und HORACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1963.

66) Anderer Meinung ist zwar LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXCIV. medit. 1. Allein man sehe PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 40. §. 6.

67) S. HARPPECHT cit. Disp. de vendit. gratiosa. §. 74. et 75. und GRIEFINGER S. 733. n. f.

§. 991.

Verschiedene Arten des Näherrechts und deren Wirkung.

Ein Näherrecht wird nicht blos durch Vertrag begründet, es kann auch aus einem Testament oder aus einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze entstehen. Es ist daher in Rücksicht des Entstehungsgrundes von dreierley Art, entweder ein conventionelles, oder ein testamentarisches, oder ein gesetzliches ⁶⁸⁾. Die Wirkung ist jedoch nicht immer bey dem einen, wie bey dem andern, die nämliche. Denn

1) das bedingte Näherrecht, welches sich Jemand in einem Vertrage an der Sache seines Paciscenten auf den Fall einer Veräußerung derselben, ausbedungen hat, giebt in der Regel nur ein ius in personam, weshalb dem Berechtigten zwar eine persönliche Klage gegen den andern Paciscenten, oder dessen Erben, aber keine dingliche Klage gegen den dritten Besi zer, wenn die Sache einmal veräußert worden ist, zusteht ⁶⁹⁾.

Viele

68) Man vergleiche TIRAQUELLUS de retractu conventionali, Franc. 1616. Ant. Frid. MÜLLER Diss. de retractu gentilitio et conventionali. Arg. 1718. Io. Is. MOORS Diss. de iure protimiseos sive retractus conventionalis et legalis. Giffae 1732. Wolfg. Ad. SCHOEFF Diss. de retractu conventionali et testamentario. Tübingae 1758. und Walch 2. B. 1. Hptst. Außerdem hat auch G r e f f i n g e r in s. Commentar über das Würtemb. LandR. 3. B. §. 210. ff. von diesen verschiedenen Arten des Näherrechts sehr gründlich gehandelt.

69) L. 75. L. fin. §. ult. D. de contr. emt. et vend. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 48. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exerc. XXX. §. 139. STRYK Uf. mod. Pand. h. 2.

Viele ⁷⁰⁾ sind zwar anderer Meinung. Sie glauben, wenn der Eigenthümer einer Sache, bey der Uebertragung seines Eigenthumsrechts auf einen Andern, sich ein solches Näherrecht, auf den Fall einer von diesem vorzunehmenden Veräußerung der Sache, ausbedingt; so officire ein solcher Vertrag die Sache dergestalt, daß dieselbe cum suo onere, als ein mit der Lösung beschwertes Gut, auf den neuen Käufer übergehe. Allein die *L. fin. Cod. de pactis, inter emtor. et venditor.* auf deren Worte: *Cum enim venditor vel alter alienator non alia lege ius suum transferri passus est, nisi tali fretus conventionem: quomodo ferendum est, aliquam captionem ex varia patium interpretatione?* man sich hauptsächlich beruft, redet von keiner dinglichen Klage, die ein solcher Vertrag hervorbringen soll, wie ich schon an einem andern Orte ⁷¹⁾ gezeigt habe. Soll eine Klage gegen den dritten Besizer Statt finden, so muß ein solcher Fall vorhanden seyn, wo auch das pactum de non alienando gegen den Dritten, an welchen die Sache, dem Vertrag zuwider, veräußert worden, von Wirkung ist ⁷²⁾. Ausserdem berech-

tigt

§ 14. de LUDOLF Observat. for. Tom. III. Obs. 257. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 32. Def. 8. MOORS cit. Diff. §. 6. WALCH Näherrecht. 2. B. 1. Hptst. §. 3. S. 303. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1963. et 1971. not. b.

70) BOGER Diff. de iure retractus. Cl. III. Diff. 22. Th. 38. FROMMANN Diff. de iure retr. Th. 20. 22. 24. sqq. SCHOEFF cit. Diff. Csp. I. §. 7. und Griesinger a. a. O. §. 210. S. 860. ff.

71) S. oben §. 976. S. 61 — 67. Man sehe auch WALCH S. 303. f.

72) Diese Fälle sind oben S. 66. u. 67. angegeben. Man sehe auch

auch

figet das bedungene Näherrecht nur zu einer Interessenklage gegen denjenigen, welcher dem Vertrage zuwider die Sache veräußert hat, so wie dessen Erben. Von ganz anderer Beschaffenheit ist aber

II) das testamentarische Näherrecht, welches ein Erblasser Jemanden in seinem letzten Willen auf einer Sache, welcher er eine Beschwerde aufzulegen berechtigt ist, auf den Veräußerungsfall vermacht hat ⁷³). Zellfeld erklärt zwar dieses Näherrecht auch nur für ein *ius in personam*, welches zu keiner Revocation der an einen Dritten veräußerten Sache berechtige; allein diese Behauptung widerspricht seinen eigenen Grundsätzen. Oben S. 976. lehrte er, daß eine *vindication* solcher Sachen Statt finde, welche gegen ein testamentarisches Verbot veräußert worden sind. Warum sollte nun hier gegen den fremden Käufer keine Klage Statt haben, da mit dem constituirten testamentarischen Näherrecht doch unstreitig auch zugleich das Verbot der Veräußerung an Fremde verbunden ist ⁷⁴)? Carpzov ⁷⁵) wendet zwar ein, es könne hier keine andere Klage Statt haben, als die *actio personalis*
ex

auch de LYNCKER Decisio. P. III. Centur. XI. Decis. 1034.
WERNHER Lectissim. Commentat. in Pandect. h. t. §. 36.
Walch Näherrecht. 1. B. 1. Hptst. §. 6. Rot. 5. S. 94. f. und
Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 917. S. 670.

73) S. Walch Näherrecht. 3. Hauptst. S. 497. ff. und Erlinger
Commentar über das Wirtemb. LandR. 3. Th. §. 215
S. 878. ff.

74) Man sehe hier vorzüglich Guntb. Heintz. von Berg jur.
r. Beobachtungen u. Rechtsfälle. 3. Th. Nr. 20. S. 225. ff.

75) Iurispr. for. P. II. Const. 35. Def. 9.

ex testamento, weil der Erbe durch die Antretung der Erbschaft quasi ex contractu verpflichtet sey, den Willen des Erblassers zu erfüllen. Allein wenn gleich an sich nicht zu läugnen ist, daß sich der Berechtigte dieser Klage gegen den Erben bedienen könne, wenn der Testator demselben auf den Fall, da er ein gewisses Grundstück künftig einmal zu verkaufen gesonnen seyn möchte, die Verbindlichkeit aufgelegt hat, dasselbe keinem Fremden, sondern der in seiner Disposition genannten Person für einen bestimmten Preis zu überlassen ⁷⁶⁾; so ist doch dieses nicht das einzige Mittel, dessen sich ein Legatar bedienen kann. Nun würde zwar freylich die rei vindicatio nicht wohl angestellt werden können, da diese theils nur dem Eigenthümer zusteht, für welchen aber der testamentarische Retrahent nicht gehalten werden kann ⁷⁷⁾; theils aber auch nie Statt findet, wenn ein gewisses Recht legitirt worden ist ⁷⁸⁾. Allein es fragt sich, ob nicht, wie viele ⁷⁹⁾ glauben, gegen den dritten Besizer die den Legataren sonst zustehende actio hypothecaria Statt finde? Diejenigen ⁸⁰⁾, welche

76) S. SCHOEFF Diff. de retractu convent. et testamentario. Cap. II. §. 3. et §. 6.

77) Griesinger angef. Commentar S. 881. f. Anderer Meinung ist Schmidt im Lehrbuch von Klagen §. 917. S. 671. f.

78) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Tom. II. lib. de legatis §. 44.

79) SCHOEFF c. I. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 5. Th. 14. Not. I. SCHWEDER Consil. Tubing. Vol. I. Cons. 120. nr. 10. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCVI. Cor. 3. WELLE Diff. de iure praelat. in rebus alienat. ex iure retractus. Cap. III. nr. 50.

80) S. Griesinger S. 882. ff.

welche diese Klage für unstatthaft halten, sagen, 1) die den Legataren nach dem Röm. Recht zustehende hypothekarische Klage setze voraus, daß dem Legatar etwas vermacht sey, was ihm der Erbe zu geben oder zu leisten habe, weil ein Pfandrecht, das Jemand auf meiner Sache anspricht, immer eine persönliche Verbindlichkeit von meiner Seite voraussetze. Dieses sey aber hier nicht der Fall. Denn daß dem Erben keine Verbindlichkeit auferlegt werde, wenn der Erblasser Jemanden ein Nächstrecht an einer seiner Sachen vermacht, verstehe sich von selbst. Allein das Gegentheil ist bereits daraus erwiesen worden, daß hier die *actio personalis ex testamento* allerdings begründet seyn kann. Man sagt 2) der dritte Besitzer einer Sache, wenn die hypothekarische Klage gegen ihn Statt finden soll, müsse immer die Einrede der *Excusio* dem Kläger entgegen setzen, und ihn durch die Bezahlung seiner Forderung mit seiner Klage auf die Herausgabe der Sache abweisen können. Hier sey aber keine Hauptforderung vorhanden, durch deren Bezahlung sich der Besitzer in seinem Besitz erhalten könnte. Allein auch dieser Grund ist nicht überzeugend. Denn wenn gleich sonst bey der hypothekarischen Klage der Beklagte die Abtretung der verpfändeten Sache durch Bezahlung der Schuld verhindern kann⁸¹⁾; so kann doch hier dem Kläger die Einrede, daß der Beklagte ihm das Interesse leisten wolle, nicht entgegengesetzt werden, weil die gegen das Verbot des Testators geschene Veräußerung für nichtig zu achten ist, und der Beklagte nicht anders, als durch Abtretung der Sache, seines Verkäufers Verbindlichkeit erfüllen

81) L. 12. §. 1. D. Quib. mod. pign. solvit.

füllen kann⁸²⁾. Da indessen der Legatar auch aus dem ihm vermachten Recht selbst klagen kann, so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß er auch die aus dem Näherrechte entspringende Retractsklage anstellen könne⁸³⁾. Soviel endlich

III. das gesetzliche Näherrecht anbetrifft, so ist dasselbe, seiner Wirkung nach, bald ein persönliches, bald ein dingliches Recht, je nachdem es entweder blos gegen den Verkäufer in dem Fall, da er seine Sache an einen Andern zu verkaufen willens ist, ausgeübt werden kann, und dahin gehet, daß er die Sache dem Berechtigten vor einem andern Käufer überlasse; oder gegen einen jeden Besitzer der Sache geltend gemacht, und dahin gerichtet werden kann, daß er dem Retrahenten die Sache abtrete. Jenes wird das gesetzliche Vorkaufsrecht, letzteres aber der gesetzliche Retract, oder Abtrieb genannt. Im ersten Falle findet nur eine *condictio ex lege*, also eine persönliche Klage, in dem letztern aber die Retractsklage Statt, welche eine dingliche Klage ist⁸⁴⁾. Nach der
Mei-

82) L. 7. §. ult. D. de distr. pignor. L. 69. §. 3. D. de legat. II. S. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 921. Not. 2. S. 675. und Ernst Gottfr. Schmidts theor. pract. Commentar über dieses Lehrbuch 4. B. §. 921. S. 138. f.

83) Walch Näherrecht 2. B. 3. Hptst. §. 2: EISENHARTH Institut. iuris germ. Lib. III. Tit. 8. §. 24. Ortesinger S. 883.

84) S. Io. Christ. GRUNER Diff. de retractu gentilitio iure in re, prael. Io. Cassp. HELMBURG def. Ionnae 1757. §. 12 — 15. Walch 1. Buch 4. Hptst. §. 4. ff. S. 238. ff. Danz Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts. 2. B. §. 195. S. 207.

Meinung einiger Rechtsgelehrten ⁸⁵⁾ soll zwar diese Klage nur gegen den ersten Käufer, nicht aber gegen den dritten Besitzer der dem Näherrecht unterworfenen Sache angestellt werden können; allein man darf nicht, was bloß von der Erblösung gilt, und seinen besondern Grund in der Natur des Gegenstandes derselben hat ⁸⁶⁾, zur allgemeinen Regel machen.

§. 992.

Fälle eines gesetzlichen Vorkaufsrechts.

Ein gesetzliches Vorkaufsrecht steht 1) nach dem römischen Rechte 1) dem Erbzinsherrn bey der Veräußerung des emphyteutischen Guts zu ⁸⁷⁾. Hat der Emphyteuta das Gut verkauft, ohne es dem Erbzinsherrn vorher anzuzeigen, und ihm den Vorkauf anzubieten, so hat er das Gut verwirkt. Der Erbzinsherr kann es daher zwar einziehen, aber nicht vermöge des Vorkaufsrechts, sondern er vindicirt es unentgeltlich wegen der Caducität. Dieses haben diejenigen ⁸⁸⁾ nicht bedacht, welche das dem Erb-

85) *Struden* rechtl. Bedenken 3. Th. Sed. 133. u. *Thibaut* Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. B. 2. Abh. S. 66. ff.

86) *S. Walch* 2. B. 2. Hptst. 1. Abschn. S. 355.

87) *L. ult. Cod. de iure emphyt.* Disponimus, attestationem domino transmitti, et praedicere, quantum pretium ab alio revera accipi potest. *Et si quidem dominus hoc dave maluerit, et tantam praestare quantitatem, quantam ipse revera emphyteuta ab alio recipere potest: ipsum dominum omni modo haec comparare.*

88) *WESTENBERG* Princip. iuris sec. ord. Digest. Lib. XVIII. Tit. 5. §. 25. *НОВАКОВИЧ* Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1963.

Erbzinsherrn gesetzlich zustehende Näherrecht für ein dingliches Recht erklären ⁸⁹⁾. Man behauptet indessen, daß jener Vorkauf, den das römische Recht dem Erbzinsherrn giebt, nach Einführung der fremden Rechte in Deutschland durch die Auslegung der Rechtslehrer in ein dingliches Näherrecht verwandelt worden sey ⁹⁰⁾; so wie solches auch dem Lehnherrn in dem Longobardischen Lehnrecht eingeräumt wird ⁹¹⁾. 2) Ein Vorkaufsrecht geben die Gesetze auch dem Gläubiger bey dem öffentlichen Verkaufe der Güter seines Schuldners, und unter mehreren Gläubigern demjenigen, welcher das Meiste zu fordern und also zu verlieren hat. Unter fremden Käufern, die keine Forderung an den Schuldner haben, haben die Verwandten den Vorzug. Die Gläubiger hingegen gehen auch den Verwandten vor ⁹²⁾. Aus einer Verordnung der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius L. 14. Cod. h. t. läßt sich schließen, daß ehemals auch bey jedem andern Verkaufe den Verwandten ein Vorkaufsrecht zugestanden habe, und dieses auch sogar denjenigen gestattet worden sey, welche in Ansehung der verkauften Sache mit dem Verkäufer in irgend einer Gemein-

89) S. MADIHN Diss. de iure protimiseos §. 4. et 8. nr. II. Walch S. 12. §. 8. und Griesinger §. 208. S. 851.

90) VOET Comm. ad Pand. Lib. VI. Tit. 3. §. 22. Walch S. 69. §. 28. 2. B. 2. Hptst. 1. Absch. 2. Abs. §. 9. S. 408. f. und Griesinger S. 852.

91) II. Feud. 9. §. donars.

92) L. 16. D. de reb. auct. iud. possid. Cum bona veniunt debitoris, in comparationem extranei, et eius, qui creditor cognatusve sit, potior habetur creditor cognatusve: magis tamen creditor, quam cognatus, et inter creditores potior is, cui maior pecunia debetur.

meinschaft standen. Zur Zeit der juristischen Klassiker, aus deren Schriften die Pandecten sind compilirt worden, und bis auf Diocletian und Maximian war dieses Vorrecht noch nicht bekannt⁹³⁾. Jacob Gothofredus⁹⁴⁾ schreibt daher die Einführung desselben dem Kr. Constanztin dem Großen zu. Allein die oben erwähnten Kaiser haben diese Art des Netherrechts in der angeführten L. 14. C. h. t. wieder aufgehoben, in welcher es heißt: *Dudum proximus consortibusque concessum erat, ut extraneos ab emtione removerent, neque homines suo arbitratu vendenda distraherent: sed quia gravis haec videtur iniuria, quae inani honestatis colore velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti: superiore lege cassata, unusquisque suo arbitratu quaerere vel probare possit emtorem, nisi lex specialiter quasdam personas hoc facere prohibuerit.* Daß aber hierdurch auch die L. 16. D. de reb. auct. iud. possid. sey aufgehoben worden, läßt sich nicht behaupten, da diese von einer nothwendigen, jene aber von einer freywilligen Privat-Veräußerung redet⁹⁵⁾. Die am Ende noch hinzugesetzte

93) L. 3. Cod. de commun. rer. alienat. S. Westphal vom Kauf. §. 29.

94) Commentar. ad L. 6. Cod. Theodos. h. t. Tom. I. pag. 286. Anderer Meinung ist jedoch Walch im Netherrecht S. 6—10. Ja Io. IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. et Cod. pag. 573. glaubt sogar, schon Romulus habe ein Gesetz gegeben, daß die den einzelnen Familien-Vätern zugetheilten Ländereien nicht sollten an Fremde außer der Familie veräußert werden.

95) S. LEYSER Meditar. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCVI. medit. 6. et Vol. VII. Specim. CCCCLXXVII. medit. 5. et 6.

setzte Clausel: *nisi lex specialiter* etc. welche in der L. 6. Cod. Theod. h. t. nicht steht, sondern von Tribonian herrührt, deutet auch ohne Zweifel auf die übrigen hierdurch nicht aufgehobenen Arten des gesetzlichen Vorkaufs hin, wie Godofroi ⁹⁶⁾ ganz richtig bemerkt hat. Die Kaiser Romanus Senior Nov. 3. und Friedrich I. V. Feud. 13. haben zwar in der Folge auch das von den Kaisern Valentinian, Theodos und Arcadius aufgehobene Vorkaufsrecht wieder hergestellt, allein da ihre Verordnungen zu dem nicht glossirten Rechte gehören, so kann darauf jetzt nicht weiter Rücksicht genommen werden ⁹⁷⁾. 3) Bey der *addictio in diem* hat ferner der erste Käufer das Recht, daß wenn er die von dem neuen Käufer angebotenen bessern Bedingungen erfüllen will, ihm der Vorzug vor dem neuen Käufer gelassen werden muß ⁹⁸⁾. Nicht minder hat 4) der Landesherr, als Bergherr, das Vorkaufsrecht in Ansehung der aus den Bergwerken in seinem Lande gewonnenen Münzmetalle, welches man den

511.

96) U. d. D. S. 287. Man sehe auch Ant. SCHULTING Thef. controversar. Dec. LXIV. Th. 6.

97) S. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXIII. Th. 55. not. 3. und MOORS cit. Diff. §. 33. Die Stelle V. F. 13. gehört zu den capitula extraordinaria, welche nicht glossirt, und daher auch nicht recipirt sind. S. Weber's Handbuch des in Deutschland üblichen Lehnsrechts 1. Th. §. 32. S. 280.

98) L. 7. D. de in diem addict. Licet autem venditori, meliore allata conditione, addicere posteriori, nisi prior paratus sit plus adicere. L. 8. D. eodem. Necessse autem habebit venditor, meliore conditione allata, priorem emtorem certiotem facere: ut, si quid alius adjecit, ipse quoque adicere possit.

Silberkauf nenne ⁹⁹⁾. Man rechnet noch weiter hierher 5) das bey Subhastationen dem ersten Licitanten zustehende sogenannte ius primi liciti ¹⁰⁰⁾, und 6) den Verkauf eines Gerichtsherrn in Ansehung der von dem Bauer zu Markt tragenden Victualien ¹⁾. Allein für die beyden letzten Arten lassen sich aus dem gemeinen Rechte keine Gesetze anführen ²⁾.

S. 993.

99) *L. 1. Cod. de metallariis.* Perpenſa deliberatione doximus ſancendum, ut quicumque metallorum exercitium velit affluere, in labore proprio et ſibi et reipublicae commoda comparet. Itaque ſi qui ſponte conduxerint, eos laudabilitas tua octonos ſcrupulos in balluca cogat exſolvere. Quidquid autem amplius colligere potuerint, fiſco potiffimum diſtrahant, a quo competentia ex largitionibus noſtris pretia ſuſcipiant. Statt ſponte conduxerint muß nach *L. 3. Cod. Theod. de metallis* richtiger ſponte confluxerint gelesen werden. Balluca heißt Goldſand. S. *Iac. GOTHOFREDUS* ad *L. 3. Cod. Theod. de metallis* Tom. III. pag. 520. edit. Ritter. Diejenigen, welche ein Bergwerk anlegen, ſollen alſo nach dieſer Verordnung des Kaiſers Valentinian ihr, auſſer dem zu entrichtenden jährlichen Canon, welcher in 8. Scrupeln Goldſand beſtehen ſoll, gewonnenes Metall oder Gold vor allen andern dem Fiſtus zum Verkauf anbieten, welcher ihnen den gehörigen Werth dafür bezahlen wird. S. *Bern. Lud. MOLLENBEC* *Diſſ. de regali protimiſeos metallicae iure*, vom Verkauf der Metalle, ſonſt Silberkauf. *Giſſae 1691.* Franz *Ludw. v. Cancrin* *Grundſ. des teutſchen Berg- u. Salzrechts.* 1. Abth. S. 164 — 168. und *Chriſt. Gottlob Flade* *Römiſches Bergrecht.* *Freyberg 1805.* 2. Abſchn. S. 80. u. 81.

100) *CARPZOV* *Iurisprud. for. P. I. Conſt. 32. Def. 42.*

1) *LEYSER* *Specim. CLXIX. med. 6.*

2) *Hellfeld* führt zwar die *L. 4. C. de fide et iure haſt. fiſcal.* an. Allein das Geſetz ſagt nur, daß bey öffentlichen Verſteigerungen

§. 993.

Verschiedene Arten des gesetzlichen Retracts.

Der gesetzliche Retract unterscheidet sich von dem bloßen Vorkaufs- oder Einstandsrechte darin, daß er in der Jemandem auf eines Andern Sache zustehenden Befugniß besteht, vermöge deren er dieselbe in dem Falle, da sie von ihrem bisherigen Besitzer an einen Dritten veräußert worden ist, gegen Erfüllung aller derjenigen Bedingungen, unter welchen sie der Dritte erhielt, nebst Ersatz des Aufwandes, den derselbe in Ansehung der Sache gemacht hat, an sich zu bringen berechtigt ist. Ein solches Recht, welches, seiner Gültigkeit und seinem Umfange nach, immer nur nach den besondern Gesetzen oder dem Herkommen des Orts zu beurtheilen ist, wo es geltend gemacht werden will, auch an sich keine Begünstigung verdient, sondern vielmehr, als ein verhaftetes, und der Freyheit des bürgerlichen Verkehrs nachtheiliges Recht, im Zweifel immer eher einzuschränken als auszudehnen ist ³⁾, kann da, wo es eingeführt ist, aus mancherley Gründen Statt finden. Es kann nämlich zustehen 1) dem Eigenthümer eines Grundstücks in Ansehung des an das selbige gränzenden, und von seinem Nachbar an einen Dritten verkauften Grundstücks, — Nachbarrecht, *retractus ex iure vicinitatis*; oder 2) dem Besitzer des einen Theils eines zertheilten Grundstücks in Ansehung des von dem bisherigen Besitzer an einen Dritten verkauften andern

gerungen so lange noch immer ein besseres Gebot gethan werden könne, als die Licitationszeit noch nicht verstrichen ist.

3) S. Weber zu Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 921. Not. u. S. 676.

bern Theils; — Gespilde, oder Spaltungsrecht, *retractus ex iure congrui*; oder 3) einem Einheimischen in Ansehung eines an einen Auswärtigen veräußerten Grundstücks, — Marklösung, *retractus ex iure incolatus* 4) und in sofern er nicht bloß einem Gemeinde Mitglieder sondern jedem Landesunterthan in Ansehung eines an einen Ausländer veräußerten Grundstücks zusteht, — Territorialretract; oder 4) dem Theilhaber an einer gemeinschaftlichen Sache in Ansehung des dem andern Mittheilhaber bisher zugestandenem, und von demselben an einen Dritten verkauften Antheils; — Ganerbenrecht, *retractus ex iure communionis*, seu *ex condominio*; oder 5) einem Verwandten des Verkäufers in Ansehung eines von ihnen beyderseitigen Vorfahren erworbenen, und an einen Dritten veräußerten Gutes. — Erblosung, Erbfreundrecht, *retractus gentilitius*. Die weitere Ausführung dieser Arten des Retracts gehört in das teutsche Privatrecht, es ist auch dieses Feld schon von Walch hinlänglich bearbeitet worden.

M 2

S. 994.

4) Irrig leitet man den Ursprung dieses Retracts aus L. un. Cod. *Non licere habitator. metrocomiae loca sua ad extraneum transferre*, her. Das Gesetz verbietet vielmehr schlechterdings die Veräußerung der zu einer *Metrocomie* gehörigen Güter an Auswärtige bey Strafe der Nichtigkeit. *Metrocomia* war, wie *lac. GOTHOFREDUS* in *Comm. ad L. 6. Cod. Theod. de patroc. vicor. T. IV. pag. 187.* sagt, *mater pagorum, seu caput inter omnes vicos, qui uni civitati subiecti erant: haud aliter, quam metropolis mater civitatum eiusdem provinciae.* Man sehe auch *Walch* S. 11. S. 7.

§. 994.

Feststimmene Allgemeingültigkeit des Erblosungsrechts.

Viele Rechtsgelehrten ⁵⁾ sind der Meinung, daß unter allen Arten des Retracts die Erblosung sich darin auszeichne, daß sie die einzige Art des dinglichen Näherrechts sey, welche auf einer allgemeinen deutschen Gewohnheit, beruhe, und folglich in der Regel, als allenthalben gültig, ohne weitem Beweis, präsumirt werden müsse. Allein man irrt hier offenbar. Eine Allgemeingültigkeit des Erblosungsrechts durch ganz Teutschland ist unerweislich. Denn das römische Recht spricht den Verwandten dieses Recht geradezu ab ⁶⁾. Durch eine Verordnung des Kaisers Friedrich I. ⁷⁾ ward es ihnen zwar wieder eingeräumt; allein diese Constitution gehört ad capitula Feudorum extraordinaria, welche in Teutschland nicht recipirt sind. Ein allgemeines Gewohnheitsrecht kann auch dafür nicht angeführt werden. Denn wenn es auch, wie man behaupten will, in den meisten Provinzen Deutschlands gelten sollte, so würde doch auch diese Uebereinstimmung noch

5) Außer unserm Hefffeld sind dieser Meinung GAIL Obser. var. Lib. II. c. 19. SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXX. §. 128. Struben Nebenstunden 5. Th. Abh. XXXII. §. 24. S. 59. SELCHOW Elem. iur. Germ. §. 591. EISENHARTH Institut. iuris germ. priv. Lib. III. Tit. 8. §. 13. WALCH Geschichte des Näherrechts §. 17 — 26. und im Näherrechte 2. B. 2. Hptst. 1. Abschn. 1. Abth. 1. Abs. §. 23. S. 362. Runde Grds. des allg. deutsch. Privatrechts §. 196.

6) L. 14. Cod. h. t.

7) V. Feud. 13.

noch kein allgemeines deutsches Recht begründen⁸⁾, zumal da es ganz entschieden mehrere deutsche Territorien giebt, wo dieser Retract nicht üblich ist⁹⁾. Es muß also lediglich das Particularrecht in jedem einzelnen Falle entscheiden, ob und wie weit die Erlösung Statt finde; und es läßt sich mithin keinesweges behaupten, daß diese Art des Näherrechts durch ganz Deutschland die Vermuthung des Gebrauches für sich habe, vielmehr muß derjenige, der auf dieselbe sich beruft, im Falle des Widerspruchs jedesmal gehörig darthun, daß solche an dem Orte, wo er sie ausüben will, durch Gesetz oder Herkommen begründet sey¹⁰⁾.

§. 995.

Pflichten des Retrahenten.

Derjenige, welcher sich des Näherrechts bedient, tritt vermöge seines Rechts in die Stelle des Käufers ein, und ladet dessen Rechte und Verbindlichkeiten auf sich¹¹⁾. Der
Retra-

8) S. Hufeland Beiträge zur Verichtigung der posit. Rechtswissenschaft. St. 1. Abh. 1.

9) Z. B. Württemberg, Wtzbaben, Frankfurt am Main, Rostok, Sachsen-Gotha u. a. m.

10) Hierin stimmen überein WERNHER Select. Obf. for. Tom. I. P. III. Obf. 162. STRYK de Success. ab intest. Diff. VI. Cap. I. §. 15. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CXCIII. medit. 2. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1970. PUFENDORF Observat. iuria univ. Tom. I. Obf. 133. §. 1. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. B. §. 196. und Göß rechtliche Entscheidungen der jurth. Facultät zu Altdorf. Nr. XIV. S. 187. ff.

11) S. Böbmer auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes 2. Abth. Resp. LXVIII. 2. Frage Nr. 14.

Retrahent muß daher alle diejenigen Bedingungen erfüllen, unter welchen die zu retrahirende Sache von dem Käufer erworben worden ist. Denn dieser darf von dem Retract schlechterdings keinen andern positiven Nachtheil haben, als den, daß er die dem Nâherrechte unterworfenene Sache dem Retrahenten abtreten muß. Hieraus folgt, daß wenn 1) ein Sammt- oder Mengelkauf geschlossen, und vermöge desselben mehrere Grundstücke zugleich für einen Preis gekauft worden, welche nicht alle dem Nâherrechte unterworfen sind, der Retract zwar an sich nicht wegfallt¹²⁾, allein der Retrahent verbunden sey, entweder in den ganzen Kauf zu treten, oder von dem Retract gänzlich abzustehen, wenn es nâmllich bey dem geschlossenen Contract zur Bedingung gemacht war, daß alles beyammen bleiben müsse, so daß der Käufer den Kauf gar nicht geschlossen haben würde, wenn er das dem Retract unterworfenene Grundstück nicht zugleich mit erhalten hätte. Denn sonst würde hier der Käufer den Schaden haben, daß er nun ein Grundstück behalten müßte, welches er ohne das retrahirte nie gekauft haben würde,

und

12) Einige Rechtsgelehrten wollen zwar behaupten, daß bey einem Sammtkaufe der Retract nicht Statt finde; als BERLICH Decis. 165. nr. 5. et Decis. 166. nr. 1. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 222. und HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obs. 43. et 206. Allein diese Meinung ist auf keine Weise zu rechtfertigen. Dem Retrahenten steht ein so vollkommenes Recht zu, daß man unmöglich annehmen kann, es dürfe durch einen solchen Mengelkauf nach Willkühr ausgeschlossen werden. S. WALCH Nâherrecht I. B. 2. Hptst. 3. Abschn. §. 14. S. 207. und KIND Quaest. for. Tom. I. cap. 52.

und welches nun ohne dieses für ihn entweder ganz unbrauchbar, oder wenigstens von keinem Interesse und Werth ist²³⁾. Ein Anders wäre, wenn der Käufer den Kauf auch ohne das dem Retract unterworfenne Stück geschlossen haben würde. Hier kann der Käufer nicht sagen, daß er einen Nachtheil davon habe, wenn der Retrahent nur das seinem Näherrecht unterworfenne Grundstück allein abfordert. Es wird aber auch in jenem Falle vorausgesetzt, daß der Sammtkauf nicht arglistig und in der Absicht geschlossen worden sey, um den Retrahenten abzuschrecken, und ihm dadurch mittelbar sein Recht zu entziehen. Hier würde der Retrahent allerdings berechtigt seyn, nur das seinem Recht unterworfenne Grundstück aus dem Sammtkaufe allein herauszulösen, und die übrigen Stücke, die der Käufer blos aus Gefahrde mitkaufte, demselben allein zu überlassen²⁴⁾. Auf solche Art läßt sich die Meinung derjenigen²⁵⁾ vereinigen, welche den Retrahenten nicht für schul-

13) VOET *Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 22.* PUFENDORF *Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 40. §. 4. et Tom. IV. Obs. 22.* CURTIUS *Conjectur. iuris civ. Lib. II. c. 38.* (in *Ev. OTTONIS Thes. iur Rom. Tom. V. pag. 198.*) Io. Th. SEGER *Diss. de re singulari ex pluribus uno pretio venditis retrahenda. Lipsiae 1766. §. ult.* (in *Opuscul. Vol. I. Nr. VIII.*) Walch *Näherrecht* S. 207. Danz *Handbuch des heutigen deutsch. Privatrechts* 2. B. § 195. S. 203. und Griesinger *Commentar über das Wirtemb. Landrecht* 3. B. S. 830. f.

14) S. Griesinger a. a. D. S. 831.

15) BERGER *Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. §. 13. not. 5.* Hieron. Frid. SCHORCH *Disquis. de retractu rei singularis ex pluribus simul uno pretio venditis. Erfordiae 1783.* KIND *Quaest. for. Tom. I. cap. 52.* und *Christ. Theoph. de GMELIN Comm. juris civ.*

schuldig halten wollen, wider seinen Willen in den Sammtkauf zu treten, weil ihm sonst sein Recht gar leicht vereitelt werden könnte. Eine Gefährde läßt sich aber doch auch so gerade nicht annehmen, wenn nicht besondere Anzeigen dazu vorhanden sind ¹⁶⁾). Daß der Reträhent sich dieserhalb der Eidesdelation bedienen könne, leidet keinen Zweifel ¹⁷⁾). Es versteht sich auch, daß der Reträhent die übrigen in dem Sammtkaufe begriffenen, dem Retract aber nicht unterworfenen Stücke zu verlangen nicht befügt sey, wenn diese der Käufer behalten will, sondern sich mit dem seinem Näherrechte unterworfenen begnügen müsse. Er zahlt dann aber auch nur den Werth für das Grundstück, welches er retrahirt ¹⁸⁾). Sind alle in dem Sammtkaufe begriffene Grundstücke dem Retract unterworfen, so behaupten viele Rechtsgelehrten ¹⁹⁾) ohne Unterschied, der Reträhent müsse sie entweder alle übernehmen, oder von dem Retract ganz abstehen. Denn stünde es in seiner Willkühr, nur ein, oder einige, und nicht als

civ. de singulari iure rerum plurium, quae non sine damno vel offensa pietatis separantur, praecipue circa emtionem venditionem. *Tübingae* 1814. 8. §. 26. pag. 66.

16) Einer andern Meinung ist zwar *SCHORCH* cit. *Disquisit.* p. 5. Allein dieser Meinung steht *L. 6. C. de dolo malo* entgegen.

17) *Griesinger* im angef. *Commentar* 3. B. S. 832. und mein *Commentar* 12. Th. § 799. S. 264.

18) *Walch* a. a. O. §. 14. S. 207.

19) *TIRAQUELL* de retractu lign. §. 23. gloss. 1. nr. 1. et gloss. 2. nr. 2. et 3. *FRANTZKIUS* de laudemio cap. 16. nr. 276. *HOFMANN* Tr. de iure rerum individuarum Cap. IV. Sect. III. nr. 91. *SCHORCH* cit. *Disquisit.* pag. 4. und *GMELIN* cit. *Commentar.* §. 26. pag. 62. sq.

le seinem Näherrecht unterworfenne Stücke zu lösen, so könnte er leicht zum größten Nachtheile des Käufers die besten Grundstücke retrahiren, und die schlechtern dem Käufer zurücklassen. Dieß sey ihm aber nicht erlaubt, ja es würde eine Arglist verrathen, wenn er den Contract zu theilen verlangen wollte, da ihm doch an allen verkauften Stücken ein gleiches Recht zustehet²⁰). Allein es kommt vor allen Dingen darauf an, ob sämtliche Stücke zu einem gewissen Hauptgute gehören, und mit demselben ein von dem Käufer erkauftes ungetheiltes Ganzes ausmachen, oder nicht, sondern besondere für sich bestehende Stücke sind. In dem ersten Falle hat es seine unbezweifelte Richtigkeit, daß es dem Retrahenten keinesweges erlaubt sey, gegen den Willen des Käufers an einem Theile des Guts den Retract auszuüben, der ihm auf das ganze ungetheilte Gut zustand²¹). In dem letzten Falle hingegen ist darauf zu sehen, ob der Käufer ohne diejenigen Stücke, die der Retrahent nur allein lösen will, den Kauf gar nicht geschlossen haben würde. Auch hier kann der Käufer, vorausgesetzt, daß er sich keines Dolus schuldig gemacht habe, mit Recht verlangen, daß der Retrahent auch die übrigen Stücke übernehme, wenn sie nun für ihn keinen Werth und Interesse mehr haben. Hätte hingegen der Käufer diejenigen Stücke, die der Retrahent nicht verlangt, auch an und für sich gekauft, so daß ihm daraus, daß er sie behält, kein besonderer Nachtheil entsteht; so läßt sich nicht wohl

20) L. 5. L. 6. Cod. de omni agro deserto.

21) Consil. Tubing. Vol III. Consil. 234. nr. 19. sqq. Eben so entschied auch der griechische Dichter bey HARMENOPULUS in Promptuario-juris Lib. III. Tit. 3. nr. 128.

wohl behaupten, daß der Retrahent verbunden sey, alle seinem Näherrecht unterworfenen Stücke zu retrahiren, weil Niemand zur Ausübung eines ihm zustehenden Rechts gezwungen werden kann, sofern keinem Andern durch den Nichtgebrauch desselben ein Nachtheil erwächst²²⁾. In solchen Fällen nun, wo aus einem Sammtkaufe nur einzelne Stücke retrahirt werden, muß das zu retrahirende Grundstück durch beeidigte Sachverständige nach seiner Größe und Güte geschätzt werden²³⁾. Außerdem muß 2) der Retrahent dem Käufer den nämlichen Kaufpreis erlegen, den der letzere dem Verkäufer bezahlt hat²⁴⁾, wenn er auch den wahren Werth der Sache übersteigen, oder auch der Werth der Sache in der Zwischenzeit gestiegen seyn sollte²⁵⁾. Er muß ferner 3) dem Käufer allen übrigen Aufwand ersetzen, den er der Sache wegen gehabt hat, als Lehnwaare, Geschenke, welche der Käufer auf Verlangen

22) S. Griesinger S. 835 — 840.

23) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. §. 13. not. 5. Griesinger S. 840. und GMELIN cit. Commentat. §. 27. pag. 68.

24) Die Bezahlung der Kaufsumme muß auch in solchen Münzsorten geschehen, welche dem innern Werthe der vom Käufer bezahlten Summe nach dem damaligen Cours der Münzen gleichkommen. S. Schmidts Abb. von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist. §. 285. Eben denselben rechtliche Entscheidungen zu jener Abhandlung Nr. LXXVII. S. 553. und von Zangen Beiträge zum deutschen Rechte. 2. Th. Nr. 1.

25) Walch Näherrecht 1. Buch 3. Hptst. 3. Abschn. §. 6. u. 7. S. 193. und S. 196. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXIII. medit. 9. Ge. Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 1. B. 2. Abth. Resp. 68. nr. 15.

gen des Verkäufers desselben Frau und Kindern, des Kaufs wegen, hat machen müssen, ferner die Gebühren für die Ausfertigung des Kaufbriefs, Schlüssel- und Weinkaufsgelder, so wie die zur Erhaltung der Sache aufgewandten Kosten, und den zur Verbesserung derselben erforderlichen nützlichen Aufwand, so weit nämlich dieser Aufwand die bis zur Zeit des Retracts aus der Sache gezogenen Vortheile und Nutzungen übersteigt ²⁶⁾. Die bloß zum Vergnügen aufgewandten Unkosten (*impensae voluptuariae*) werden ihm fast durchgehends aus dem Grunde abgesprochen, weil auch der *bonae fidei possessor* dafür keinen Ersatz fordern, sondern sie nur wegnehmen könne, so weit eine Trennung derselben möglich ist ²⁷⁾. Man behauptet sogar, der Käufer müsse auch die ordentlichen zur Erhaltung der Sache dienenden Ausgaben tragen, z. B. was er um das Haus im Dach und Fach, oder das Grundstück im nöthigen Bau zu erhalten, aufgewandt hat, desgleichen die gewöhnlichen Steuern und andere Abgaben, weil auch der Nutznießer diese übernehmen müsse ²⁸⁾; nur die zur Erhaltung der Sache aufgewandten außerordentlichen Kosten müßten ihm vergütet werden ²⁹⁾. Ueberhaupt aber sey immer bey jeder Art von Kosten, die der Retrahent erstatten solle, vorauszusetzen, daß sie mäßig sind, und mit der Sache, worauf sie verwendet worden, in Proportion stehen ³⁰⁾. Allein man geht hier von ganz falschen Grund-

26) Griesinger S. 936.

27) Walch a. a. O. §. 18. S. 214. f.

28) L. 7. §. 2. D. de usufr. L. 7. Cod. eod.

29) Danz Handbuch des deutschen Privatrechts 2. B. §. 195. S. 203. Walch a. a. O. §. 19. S. 217.

30) Danz a. a. O. S. 204. Walch S. 215. a. E.

Grundsätzen aus. Der Käufer ist hier weder als bonae fidei possessor, noch als usufructuar zu betrachten, sondern er ist Eigenthümer, und zwar ein vollkommener wahrer Eigenthümer, der von dem Retract keinen andern positiven Schaden haben darf, als den, daß er die gekaufte Sache entbehren muß³¹⁾. Nach diesem Princip muß der Käufer wegen jeder Art von Kosten entschädiget werden, also auch wegen der bloß zum Vergnügen verwandten, so weit er durch den Genuß der Sache nicht entschädiget ist, und der Aufwand nicht in der böshafsten Absicht gemacht worden, um den Retractanten von dem Abtriebe abzuschrecken³²⁾. Ehe nun der Käufer wegen der von dem Retractanten zu erfüllenden Bedingungen vollkommen befriediget worden ist, ist derselbe das retrahirte Grundstück abzutreten nicht verbunden³³⁾. Bis dahin behält er denn auch noch den Genuß der Früchte³⁴⁾. Insonderheit aber wird baare Bezahlung des Kaufgeldes erfordert, und es kann dem Käufer nicht zugemuthet werden, daß er statt des baaren Geldes einen Bürgen oder Pfand annehme³⁵⁾. Weigert sich der Käufer die Bezahlung anzunehmen, ohne hierzu eine gerechte Ursache zu haben, so ist der Retractant seiner Verbindlichkeit entlediget, wenn er

das

31) Griesinger S. 936. ff.

32) BERLICH Concluf. practic. P. II. Concl. 41. nr. 43.

33) Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 2. B. §. 195. nr. II. S. 204. f.

34) von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrf. 3. B. 2. Erört.

35) MÜLLER ad Struvium Exercit. XXIII. Th. 63. not. 2. Balch S. 200.

das Geld nach geschעהener reellen Anbietenng gerichtlich desponirt ³⁶⁾ Von dieser Zeit an ist auch der Käufer zur Restitution der genossenen Früchte verbindlich. Die bloße Ankündigung des Retracts setzt also den Käufer noch nicht gleich in moram, sondern es kommt darauf an, wie sich der Retrahent bey der Ankündigung, zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten, bereit erklärt hat. Die bloße Erklärung, daß er in den Kauf treten, und das Kaufgeld bezahlen wolle, ist nicht hinreichend, sondern die Verbindlichkeit des Käufers zur Erstattung der von dem retrahirten Grundstück während des Prozesses gezogenen Früchte, hängt lediglich davon ab, ob der Retrahent, zur baaren Bezahlung des Kaufgeldes bereit war, so daß es blos an dem Käufer lag, dasselbe anzunehmen. Ist eine solche reelle Oblation nicht geschעהen, so genießt der Käufer die Früchte mit Recht, auch während des Prozesses ³⁷⁾. Sind Früchte zur Zeit der Abtretung des Grundstücks noch stehend, so sind sie als ein Theil desselben anzusehen ³⁸⁾. Der Retrahent spricht sie also zwar mit dem Grundstück an, er muß aber den Käufer wegen dieses Verlustes vollkommen entschädigen ³⁹⁾.

§. 996.

36) Arg. L. 7. Cod. de pact. inter emtor. et vend.

37) VOET Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 27. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XXIII. Th. 63. und WALCH S. 225. Not. 10.

38) L. 44. D. de rei vindicat.

39) WALCH 1. B. 3. Hpfst. 3. Abschn. §. 21. und besonders die Gebr. Overbeck in den Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 10. B. Medit. 498.

§. 996.

Verlust des Näherrechts.

Das Näherrecht kann auf mancherley Art verlohren gehen. 1) Durch Verjährung. Hier ist ein Unterschied zu machen zwischen dem Retract und dem Vorkaufe. Jener muß nach deutschen Rechten binnen Jahr und Tag ausgeübt werden, worunter ein gemeines Jahr, und ein gemeiner Tag von 24 Stunden verstanden wird, sofern nicht die besondern Landesgesetze eine andere Bestimmung enthalten ⁴⁰⁾. Diese Verjährungszeit fängt jedoch erst von der Zeit zu laufen an, da der Kauf durch die Uebergabe vollzogen worden ist, und der Retractant eine vollständige Wissenschaft von dem Contract erhalten hat ⁴¹⁾. Hat der Retractant vom Kaufe nichts erfahren, so erlischt das Näherrecht erst nach drehzig Jahren. Denn da diese gemeine Verjährung bey allen dinglichen und persönlichen Klagen der Regel nach in Deutschland Statt findet, so muß sie folglich auch bey der Retractsklage Statt haben, und diese fängt gleich von der Zeit der geschehenen Verussung zu laufen an ⁴²⁾. Das Vorkaufsrecht hingegen geht verlohren, wenn derjenige, welcher solches auszuüben berechtigt ist, sich desselben entweder nicht binnen der ihm deshalb gesetzten Frist, z. B. binnen zwey Monaten bey dem Ver-

40) Walch 1. B. 5. Hptst. §. 10. ff. S. 260. ff. und Brie flinget im angef. Commentar §. 219. S. 912. ff.

41) Walch a. a. O. §. 14. S. 271. ff. §. 15. S. 275. Viele rechnen jedoch den Anfang der Verjährung schon von der Zeit an, da der Kauf zu Stande kam. Allein Walch hat diese Meinung genügend widerlegt.

42) Walch a. a. O. §. 19. S. 280.

Verkaufe eines emphyteutischen Guts, von der Zeit der dem Erbzinsherrn geschehenen Anzeige des Contracts an gerechnet, oder ehe und bevor der Kauf durch die Uebergabe vollzogen ward, nicht bedient hat. Die dem Berechtigten zustehende persönliche Klage auf Leistung des Interesse erlischt jedoch erst nach 30. Jahren ⁴³⁾. II. Durch Entfagung, welche nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend durch Handlungen geschehen kann. Es müssen nur solche Handlungen seyn, die man vernünftigerweise gar nicht anders erklären kann und muß, als daß man sich seines Rechts habe begeben wollen. Denn eine Entfagung ist im Zweifel nie zu vermuthen, wenn nicht die deutlichsten Kennzeichen derselben vorhanden sind ⁴⁴⁾. Dahin gehört, wenn derjenige, welchem das Näherrecht zusteht, von dem Käufer um seine Einwilligung in den Kauf ersucht wird, und er williget in den Kauf. Hierdurch hat er sich des Retracts, den er hätte ausüben können, unstreitig begeben, weil sonst seine Einwilligung gar keinen Zweck hätte, wenn man sie nicht für eine Entfagung gelten lassen wollte; indem zur Schließung des Kaufs, den der Retrahent ohnehin nicht hindern konnte, die Einwilligung desselben nicht erforderlich war. Ausserdem läßt sich nicht behaupten, daß die Genehmigung des Kaufs schlechterdings eine stillschweigende Entfagung enthalte, wenn sich noch ein anderer Grund gedenken läßt, warum die Genehmigung des zur Lösung Berechtigten erfordert wurde, z. B. wenn der Lehnherr, als solcher, den Kauf genehmiget, oder der Richter, als solcher,

den

43) CARPZOV P. II. Const. 32. Def. 13.

44) G r e i f f i n g e r angef. Commentar 3. B. S. 226. S. 953. und
W a l c h Näherrecht S. 249. f.

den Kauf bestätigt, oder derjenige, welchem der Retract zusteht, bloß als Zeuge zugezogen wurde. Denn in allen diesen Fällen ist anzunehmen, daß sie den Kauf nur salvo iure suo genehmiget haben ⁴⁵). Ja wenn auch die Einwilligung des zum Retract. Berechtigten in den Kauf ausdrücklich wäre nachgesucht worden, es hätte aber derselbe bloß zu Gunsten einer gewissen Person, oder in Rücksicht des zu hohen Preises in den Kauf gewilliget, so würde ihn nicht einmal seine Einwilligung verbinden, wenn die Sache nachher einer andern Person, oder für einen geringern Preis verkauft worden wäre. Ja nicht einmal eine ausdrückliche Entsagung würde dem Retrahenten präjudiciren, wenn die Contrahenten arglistig einen höhern Preis angeben haben sollten, als sie unter sich festgesetzt haben.

III. Wenn die Qualität der Sache, welche den wesentlichen Grund des Retracts ausmacht, gänzlich aufgehört hat, so fällt auch das Näherrecht weg. Der Fall tritt besonders bey der Erblosung ein. Diese setzt voraus, daß das veräußerte Grundstück ein Stammgut sey, welches von den Vorfahren des Verkäufers auf denselben durch Erbgangsrecht gekommen ist, ob es übrigens mittelbar, oder unmittelbar auf den Verkäufer vererbt worden, ist gleichviel, wenn es nur von einem solchen auf denselben durch Erbgangsrecht gefallen ist, von welchem der Retrahent sowohl, als der bisherige Besitzer und Verkäufer rechtmäßig abstammt ⁴⁶). Wenn daher das Gut an einen Dritten ausser der Familie verkauft, und von diesem

aufs

45) E. Dan; Handbuch des deutschen Privatrechts 2. B. §. 195. C. 210.

46) Dan; Handbuch 2. B. §. 196. C. 215.

aufs neue an einen Fremden gebracht worden ist, so daß also nicht der gegenwärtige Verkäufer, sondern derjenige, von welchem es derselbe an sich brachte, mit dem Retrahenten von dem vormaligen gemeinen Erwerber desselben abstammt, das Gut folglich sich in der dritten Hand befindet; so kann nun ein solches Grundstück nicht weiter retrahirt werden, weil es durch die letzte Veräußerung aufgehört hatte, in Rücksicht der Familie des ersten Verkäufers, ein Stammgut zu seyn ⁴⁷⁾.

Es ist eine offenbar irrige Meinung, wenn Zellfeld behauptet, daß auch durch Cession das Näherrecht erlösche. Denn Erstens ist überhaupt die Frage noch zu erörtern, ob und in wiefern das Näherrecht einem Dritten abgetreten werden könne? Es kommt hier darauf an, auf welchem Grunde das Näherrecht beruhet. Gründet sich dasselbe blos auf einen Vertrag, oder Testament, so hat es keinen Zweifel, daß ein solches Recht, welches auch auf die Erben übergeht, einem Dritten cedirt werden könne ⁴⁸⁾,
 voraus-

47) S. *Walch's* Näherrecht 2. B. 2. Hptst. 1. Absch. 1. Abth. 1. Abf. §. 20. S. 355. *Strubens* rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 133. S. 470. und *Ehibaut* Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. B. 2. Abth. S. 70. Anderer Meinung ist jedoch *Io. vort* Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 24.

48) S. *Wolfg. Ad. schoepf* Diss. de retractu conventionali et testamentario. *Tüb* 1758. Cap. I. §. 6. et 16. et Cap. II. §. 2. *Mich. Grass* Diss. de cessione iuris retractus. *Tübing.* 1713. §. 22 — 27. *STRYK* de Succ. ab int. Diss. VI. Cap. 2. §. 6. *CARPZOV* Iurispr. for. P. II. Const. 32. Def. 8. *WERNER* Select. Observat. for. T. II. P. IX. Obs. 164.

vorausgesetzt, daß in Rücksicht eines testamentarischen Nacherrechts nicht aus den Worten des Erblassers eine andere Absicht hervorgehe⁴⁹⁾; oder das durch Vertrag bedungene Recht nicht bloß auf die Person des Berechtigten beschränkt sey⁵⁰⁾. Denn Vertragsrechte, so wie Vermächtnisse, gehen in der Regel auf die Erben über, und sind veräußerlich, also auch cessibel. Denn der Schluß von Veräußerung auf Cession ist gültig⁵¹⁾. Anders verhält sich's mit dem gesetzlichen Nacherrechte⁵²⁾. Dieses hat entweder in einer persönlichen Qualität des Berechtigten, oder in dem Besiz einer gewissen Sache seinen Grund. In dem ersten Falle ist es ein subjectiv persönliches Recht, welches seiner Natur nach keine Cession gestattet. Daher sind alle Rechtsgelehrten darin einverstanden, daß die Erb-

49) **Walch** im Nacherrecht 2. B. 3. Hptst. §. 4. will zwar das testamentarische Nacherrecht nur dem Legatar, aber weder denselben Erben noch dem Cessionar einräumen. Allein er argumentirt unrichtig von dem gesetzlichen retract auf den testamentarischen, wie schon **Griesinger** im Commentar über das Wirtemb. Landr. 3. B. §. 215. S. 881. Not. 1. gegen **Walch** erinnert hat.

50) **LAUTERBACH** Colleg. th. pr. Pand. Lib. XVIII. Tit. 4. §. 31.

51) *L. fin. Cod. de hered. vel act. vend. L. 5. §. 1. D. Quando dies legator. L. un. §. 4. et 5. C. de caduc. toll. S. Ge. Sam. MADIHN* Diss. de iure protimiseos eiusq. a iure retractus discrimine. §. XII. nr. III. pag. 39. und *Walt. Vinc. WIESE* Diss. de iuribus ex cessione tam valida, quam invalida. Rost. 1780. §. 12.

52) **GRASS** Diss. cit. §. 3. 9. 10. 15 — 17. **LAUTERBACH** cit. loc. §. 31. **Walch** Nacherrecht 1. B. 3. Hptst. 1. Abschn. §. 4. S. 120. **Griesinger** §. 227. S. 957.

losung durch keine Cession einem Dritten übertragen werden könne⁵³). Zwar kann sich wohl der nähere Verwandte seines Rechts zum Besten des entfernteren begeben. Allein dieses ist keine Cession, weil der entferntere Verwandte schon diejenige persönliche Qualität besitzt, welche ihn, den Retract auszuüben, fähig macht. Denn einem Fremden, welcher kein Verwandter des Cedenten ist, kann das Erbfreundsrecht nicht abgetreten werden⁵⁴). In dem letztern Falle hingegen wird dem Cessionar entweder zugleich die Sache überlassen, um deren willen dem Cedenten der Retract zusteht, oder nicht. In dem letztern Falle ist die Cession vergeblich. In dem ersten Falle kann zwar der Cessionar den Retract ausüben, aber er übt ihn nicht als Cessionar, sondern als nunmehriger Besitzer der Sache aus⁵⁵). Eine Cession läßt sich nur dann gedenken, wenn das gesetzliche Näherrecht ohne jene oder diese besondere Voraussetzung ausgeübt werden kann. Aber auf keinen Fall enthält die Cession einen Grund, aus welchem das Näherrecht wegfällt, weil es ja der Cessionar an der Stelle des Cedenten ausübt. Ist ein Verdacht vorhanden, daß der Retrahent das ihm zustehende Näherrecht nicht für sich, und zu seinem eigenen Nutzen, sondern in der Absicht ausübe, um das demselben unterworfenen Grundstück einem Andern zuzuwenden, so kann von ihm die Lei-

N. 2

stung

53) Gebr. Oberbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 1. B. Medit. 15.

54) Walch 2. B. 2. Hptst. 1. Abschn. 1. Abth. 1. Abs. §. 3. Not. 14. S. 318.

55) Walch a. a. O. S. 120.

stung eines Eides verlangt werden, wodurch er diesen Verdacht von sich entfernt ⁵⁶⁾).

Noch entsteht zuletzt die Frage, ob das Näherrecht dadurch ausgeschlossen werden könne, wenn die Contrahenten den unter sich abgeschlossenen Kauf wieder aufheben? Es ist hier zunächst vorauszusetzen, daß der Kauf vollständig abgeschlossen und zu seiner Perfection gediehen war. Denn so lange der Kauf noch nicht vollkommen zu Stande gekommen ist, kann das Näherrecht ohnehin nicht ausgeübt werden; gesetzt auch, daß der bisherige Besitzer seine Absicht, die Sache zu verkaufen, auf das bestimmteste erklärt, auch mit einem Dritten über den Verkauf der Sache bereits Unterhandlungen eingeleitet hätte ⁵⁷⁾). Denn hier kann der Besitzer noch immer von dem intendirten Verkaufe absehen, und die Sache behalten. Aber wie wenn der Kauf vollkommen abgeschlossen war, können hier die Contrahenten zurückgehen, um das Näherrecht auszuschließen? Ist von einem bloßen Vorkaufsrechte die Rede, so hat derjenige, dem ein solches Recht zusteht, nun ein so vollkommenes und wirksames Recht erworben, daß ihm solches durch die Contrahenten auf keine Weise mehr entzissen und vereitelt werden kann ⁵⁸⁾). Die Gesetze geben dem

56) LEYSEN Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXIII. medit. 6. et 7. und besonders *Lo. Frid.* GILDEMEISTER Observation. iur. varii argum. Bremae 1758. Obs. 1. auch GRASS cit. Diff. §. 8. 12. et 13.

57) S. Fried. von Bülow und Theob. Hagemann's practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 4. B. 7. Erört. S. 39. f.

58) HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obs. 102. nr. 1. von Bülow und Hagemann's pract. Erörter. a. a. D.

dem Berechtigten die actio et vendito zur Ausübung seines Rechts, so bald der Kauf vollkommen abgeschlossen ist ⁵⁹⁾. Streitiger ist die Frage, ob das Nämliche auch bey dem Retract Statt finde? Nach der gemeinern Meinung behauptet man, daß die Contrahenten hier von dem Contract so lange noch immer wieder abgehen könnten, als der Kauf durch die Uebergabe noch nicht vollzogen worden ist, ohne daß der Retract ausgeübt werden kann ⁶⁰⁾. Man beruft sich auf die Gesetze, welche den Contrahenten schlechthin erlauben, von einem geschlossenen Kaufe wieder abzugehen, so lange die Uebergabe noch nicht erfolgt ist ⁶¹⁾. Ueberdem erhalte ja der Retrahent erst dann ein Recht, den Abtrieb auszuüben, wenn durch die Uebergabe die Sache an den Käufer gebracht worden ist. Andere ⁶²⁾ hingegen unterscheiden, ob sich der Retrahent bereits gemeldet habe, oder nicht. Nur in dem ersten Falle stehe es den Contrahenten nicht weiter frey, von dem bereits zur Perfection gekommenen Kaufe mit der Wirkung wieder abzugehen, daß das Näherrecht nunmehr wegfalle. Dieser Meinung tritt

59) *L. 21. §. 5. D. de act. emti et vend. Si ita tibi fundum vendidero, ut nulli alii eum, quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alii vendideris.*

60) *Io. VOET Comm. ad Pand. Lib. XXIII. Tit. 3. §. 24. pr. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XXIII. §. 66. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 5. §. 13. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCv. medit. 9. Walch Näherrecht. I B. 5. Hypstf. §. 20. C. 281. f. MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum T. II. Fasc. II. Obs. 412.*

61) *L. 3. et 5. §. 1. D. de rese. vendit. L. 1. et 2. Cod. Quando liceat ab emt. discedere.*

62) *PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 40. §. 5.*

tritt auch Zelfeld aus dem Grunde bey, weil der Reträhent, sobald er erklärt hat, daß er sein Recht ausüben wolle, in die Stelle des Käufers trete, deswegen könne nun der Käufer dem Verkäufer seiner Verbindlichkeit nicht mehr entlassen. Allein die richtigere Meinung ist wohl unstreitig die Meinung derjenigen ⁶³⁾, welche behaupten, daß auch der Retract, sobald der Kauf zur Perfection gekommen ist, dergestalt begründet sey, daß die Contrahenten, zum Nachtheil desselben, den Kauf nicht willkürlich wieder aufheben können. Der Retract unterscheidet sich zwar dadurch wesentlich von einem bloßen Vorkaufsrechte, daß er auch noch nach erfolgter Uebergabe gegen den Käufer geltend gemacht, und die schon veräußerte Sache mittelst desselben abgefordert werden kann. Offenbar irrig aber ist es, daraus zu folgern, daß er erst durch die Uebergabe begründet werde. Der Retract ist ja ein anerkanntes stärkeres Recht, als der Vorkauf. Er würde aber ein schwächeres Recht seyn, wenn er erst durch die Consummation, und nicht schon durch die Perfection des Kaufs begründet würde. Mit Recht sagt daher *Maddihn* ⁶⁴⁾: *iuris retractus auxilio non omnia solum consequi possumus, quae iuris protimiseos constituent effectus, sed vires suas adeo extendit, ut alienationes quoque irritas faciat.* Welche auffallende Inconsequenz

63) SANDE *Decision. aureae* Lib. III. Tit. 5. Def. 6. STRYK *de Succ. ab int. Diss. VI. Cap. 4. §. 39.* GRIESINGER *Commentar. 3. B. §. 197. S. 748.* von ZANGEN *pract. Bemerkungen zur Lehre vom Abtriebsrechte Nr. XI. S. 40.* und von BÜLOW u. HAGEMANN *pract. Erörterungen a. a. O. Not. o.*

64) *Diss. cit. de iure protimiseos, eiusq. a iure retract. discrimine. §. XII. nr. I. pag. 37.*

sequenz würde es nicht seyn, wenn man behaupten wollte, vermöge des Retracts könne zwar eine schon geschene Veräußerung wieder aufgehoben, aber die Vollziehung des Kaufs nicht verhindert werden? Die Geseze gestatten freylich den Contrahenten, den unter sich abgeschlossenen Kauf bis zur erfolgten Uebergabe wieder aufzuheben, aber nur insofern es ihre eigenen Rechte und Verbindlichkeiten gilt, nicht zum Nachtheil des Rechts eines Dritten. Hier geben sie uns vielmehr die Regel: *Nemo potest mutare consilium in alterius iniuriam* ⁶⁵⁾, welche Regel in dem gegenwärtigen Falle ihre vollkommene Anwendung findet ⁶⁶⁾.

§. 997.

II. Wiederkauf, oder Rückkaufsvertrag. Unterschied desselben von dem Vorkaufe und andern Verträgen.

Ein anderer sehr gewöhnlicher Nebenvertrag des Kaufs contracts ist II. der Wiederkauf, oder Rückkaufsvertrag (*pactum de retrovendendo*). Es wird darunter derjenige Nebenvertrag verstanden, wodurch der Käufer sich verbindlich macht, die gekaufte Sache dem Verkäufer, oder desselben Erben auf Verlangen wieder zu verkaufen ⁶⁷⁾.

Dies

65) L. 75. *D. de div. reg. iur.* Man verbinde noch damit L. 74. *D. eodem.* wo Papinian sagt; *Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri.*

66) Man vergleiche *Jac. GOTHOFREDI Commentar. ad Tit. Pand. de div. reg. iur. pag. 330. edit. Genev. 1653. 4.*

67) Von diesem Vertrage handelt sehr ausführlich *Ant. FABER de errorib. Pragmaticor. Decade XXII.* Aufferdem sind noch zu bemerken *Io. SCHILTER Specim. de pacto retrovenditionis, adj. eius Praxi artis analyticae in iurisprud. P. III. Chr. THOMASII Diss. de usu pract. accuratae distinctionis inter emtionem*

Dieser Vertrag schließt also I) seiner Natur nach ein pactum de vendendo (§. 27.) in sich, von welchem er sich aber darin unterscheidet, daß er zwar in Rücksicht des künftigen Rückkaufs, ein vorbereitender, in Rücksicht des ersten Kaufs. hingegen ein angehängter Vertrag ist; von dem Rückkaufe selbst aber differirt er eben so, wie pactum de vendendo von dem Verkaufe selbst. Ohne einen Kauf, welchem das pactum de retrovendendo ist angehängt worden, ist aber der Rückkaufsvertrag nicht denkbar. II. Er wird zu Gunsten des Verkäufers geschlossen, und giebt ihm ein Recht, den Käufer zur Erfüllung seiner Rückverkaufsverbindlichkeit mittelst der aus dem Kaufcontracte entspringenden actio venditi anzuhalten⁶⁸). Hierdurch unterscheidet sich dieser Vertrag a)

tionem cum pacto de retrovendendo et contractum pignoratitium. *Halae 1707.* und *Henr. HAHN* Diss. de pacto retrovenditionis. *Helmstadii 1673.* *Des. Io. Ehrenfr. MARTINI* Selectae de pacto retrovenditionis observationes. *Vitemb. 1711.* sind eine von *Aug. a LYSER*, noch als Professor der Rechte zu *Wittenberg*, geschriebene Dissertation, welche er nachher sehr vermehrt in seine *Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCI.* aufgenommen hat.

68) *L. 2. Cod. de pact. inter emtor. et venditor.* Es findet jedoch auch die actio praescriptis verbis Statt. *L. 12. D. de praescript. verbis. C. 10. Ortiv. WESTENBERG* Princip. iur. sec. ord. Dig. Lib. XVIII. Tit. 5. §. 17. und *Ant. SCHULTING* Enarrat part. primae Dig Lib. II. Tit. 14. §. 6. *Ant. FABER* de Errorib. Pragmaticor. Dec. XXII. Err. 4. glaubt zwar, der Käufer könne sich durch Leistung des Interesse von seiner Verbindlichkeit frey machen. Allein diese Meinung ist schon oben §. 114. widerlegt worden. Man sehe auch *LAUTERBÄCH* Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 99. *HANN* cit. Diss. §. 30. et 38.

von dem Vertrage des Vorkaufs, welcher dem Verkäufer nur unter der Bedingung, wenn der Käufer sich freiwillig entschließt, die Sache einmal wieder zu verkaufen, ein Recht giebt, den Vorzug vor jedem andern Käufer zu verlangen, folglich nicht eher, als wenn dieser Fall eintritt, ausgeübt werden kann⁶⁹⁾. b) Von dem *pacto de retroemendo*, wodurch der Verkäufer sich verbindlich macht, die verkaufte Sache wieder zu kaufen, wenn der Käufer sie nicht behalten wolle. Dieser Vertrag wird also zu Gunsten des Käufers beygefügt, welcher vermöge desselben den Verkäufer mit der *actio emti* nöthigen kann, die Sache wieder käuflich zu übernehmen; statt daß es bey jenem Vertrage der Willkühr des Verkäufers überlassen ist, ob er die Sache zurückkaufen wolle, oder nicht⁷⁰⁾.

III) Die Wirkung des Rückkaufsvertrags a) auf Seiten des Käufers besteht darin, daß dieser zwar durch die Uebergabe der Sache nur ein widerrufliches Eigenthum erwirbt, es ist jedoch dasselbe seiner innerlichen rechtlichen Beschaffenheit und Wirkung nach ein vollkommenes und uneingeschränktes Eigenthum, welches nicht nur mit der vollkommenen Nutznießung, und freyen Disposition, sondern auch mit dem gegen jeden unbefugten dritten Besitzer

de COCCENI iur. civ. contr. h. t. Qu. 39. und Westphal. vom Kaufe S. 679.

69) S. Seiger's und Gluck's merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 2. Th. Nr. XXI. S. 4.

70) S. Lud. God. MADIHN Princip. Iur. Rom. P. II. S. 184. Christ. Aug. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II S. 1066. und Christoph Christ. Dabelow Handbuch des heutigen Privatrechts 2. Th. 2. Abth. S. 1305.

fiſer zuſtehenden Rindicationsrechte begleitet iſt ⁷¹⁾). Daher ſind auch die während ſeines Beſiſes von ihm über die Sache gemachten Verfügungen, ſelbſt wenn einem Dritten dadurch Realrechte auf derſelben gegeben worden ſind, gültig, und bleiben auch noch nach erfolgtem Rückverkaufe bey Kräften ⁷²⁾). Denn durch den Act der Retrovendition wird der erſte Kauf nur *ex nunc reſolvirt* ⁷³⁾). Es iſt daher auch ſelbſt die von dem Käufer geſchehene Veräußerung an ſich nicht ungültig, wenn gleich derſelbe ausdrücklich, die Sache nicht verkaufen zu wollen, verſprochen hätte ⁷⁴⁾); ſondern er iſt dem Verkäufer in dieſem Falle nur zur leiſtung des Intereſſe verpflichtet ⁷⁵⁾). Denn der Rückkaufsvertrag bewirkt b) auf Seiten des Verkäufers nur ein perſönliches Recht, welches gegen einen Dritten, der nicht in *dolo* iſt, noch unter der Bedingung des Rückverkaufs die Sache an ſich gebracht hat, nicht ausgeübt, ſondern nur gegen den Käufer und deſſen Erben

71) LEYSER *Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCI. medit. 26.*
GÜNTHER a. a. O. HÖFACKER c. 1.

72) Weſtphal vom Kaufe §. 675. Deſſelben Pfandrecht §. 245.

73) S. MADIHN angef. *Principia iur. Rom. P. II. §. 184.* und dieſes *Commentar* 2. Th. §. 577. S. 76. f.

74) Mehrere ſind zwar anderer Meinung. Allein daß das *pacrum de non alienando* die Uebertragung des Eigenthums nicht hindere, iſt ſchon oben S. 63. erwieſen worden. Mit mir ſtimmt Weſtphal vom Kaufe §. 677. überein.

75) VOET *Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 8.* WESTENBERG *Princip. iur. ſec. ord. Pand. Lib. XVIII. Tit. 5. §. 17. in fin.*

ben geltend gemacht werden kann ⁷⁶⁾. Man nimmt zwar gewöhnlich noch den Fall aus, wenn der Verkäufer mit dem Käufer ausgemacht hätte, daß der Kauf für nicht geschlossen angesehen werden soll, wenn der Verkäufer dem Käufer das Kaufgeld wieder zurückgeben würde ⁷⁷⁾. Daß auch in diesem Falle die Reivindicatio dem Verkäufer gegen den dritten Besizer zustehe, hat keinen Zweifel ⁷⁸⁾. Allein schon Anton Faber ⁷⁹⁾ hat sehr richtig bemerkt, daß es ein von dem pacto de retrovendendo ganz verschiedener Vertrag sey, wovon die *L. 7. Cod. de pact. inter emtor. et venditor. composit.* redet. Denn vermöge dieses Vertrags fällt ja das Eigenthum an den Verkäufer zurück, ohne das es eines Rückkaufs weiter bedarf. Es ist überhaupt noch die Frage, ob das pactum de retrovendendo in dem römischen Rechte wirklich gegründet sey?

76) CARPZOV Iurisprud. for. P. II, Constit. I. Definit. 16. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 98. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 36. Schmidt Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 909. Gebr. Overbeck Meditationen über verschied. Rechtsmaterien 3. B. Medit. 180. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 873. Not. 3. GÜNTHER Princip. iur. Rom. T. II. §. 1066. nr. II. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 494. Anderer Meinung ist jedoch Just. Elaprotz in der Rechtswissenschaft von vorsichtiger Eingehung der Verträge 2. Th. §. 285. S. 860.

77) CARPZOV cit. loc. Definit. 17. BERLICH Concluf. pract. P. II. Concl. 2. nr. 18. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 957. u. a. m.

78) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 40. und WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I, Disputat. XXXV. Th. 30. in fin.

79) De Errorib. Pragmaticor. Dec. XXII. Err. 2.

sey. Anton Faber ⁸⁰⁾, Johann Corasius ⁸¹⁾ und Daniel Nettelbladt ⁸²⁾ zweifeln daran nicht ohne Grund. Man hält zwar die *L. 2. Cod. de pactis inter emtor. et venditor. compos.* für den Hauptstük dieses Vertrags, wo der Kaiser Alexander an einen gewissen Charisius auf folgende Art rescribirt:

Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut sive ipsi, sive heredes eorum emtori pretium quancumque vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur; teque parato satisfacere conditioni dictae, heres emtori non paret, ut contractus fides servetur, actio praescriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur: habita ratione eorum, quae post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt.

Allein man hat dagegen erinnert, daß in diesem Gesetz von keiner Ausbedingung eines Wiederkaufs, sondern von einem dem Kaufe zu Gunsten des Verkäufers angehängten Neuvertrage, den man Neukauf zu nennen pflegt, die Rede sey, welcher sich von dem erstern darin unterscheidet, daß durch denselben, wenn sich der Verkäufer seines Rechts bedient, der erste Kauf blos als Resolutivbedingung aufgehoben wird, ohne einen neuen Kauf zu schließen, wie bey jenem Vertrage geschieht. Es ist dieser Unterschied allerdings in Rücksicht der Wiedererwerbung des auf den Käufer übertragenen Eigenthums nicht ohne

80) De errorib. Pragmaticor. Dec. XXII. Err. 3.

81) Miscellaneor. iuris civ. Lib. III. cap. 9.

82) Diff. de expensarum et pretii restitutione in retrovenditione. Halae 1776. Sect. II. cap. I. §. 20.

ohne Interesse. Eben so läßt sich auch die *L. 1. Cod. Quando decreto opus non est* verstehen, wo man sich auf die Worte beruft: *Si probare potes, patrem pupilli, cuius tutores convenisti, consensisse, ut reddito tibi praedio pretium reciperet; id quod convenit, servabitur.* Vorzüglich aber glaubt man noch einen Hauptbeweis in der *L. 12. D. de praescript. verbis* zu finden; wo *Proculus* sagt: *Si vir uxori suae fundos vendidit, et in venditione comprehensum est, si ea nupta ei esse desisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcribere viro: in factum existimo iudicium esse reddendum; idque et in aliis personis observandum. Ut si transcriberet haec non retro venderet, sondern redderet, wie es *Antorr Faber* ⁸³⁾ richtig erklärt. Die *Basiliken* ⁸⁴⁾ haben den Sinn dieser Worte so ausgedrückt: *ἔχειναι μοι τοῖς αὐτοῖς τιμήμασι ἀναλαβεῖν αὐτόν, i. e. ut cum fundum eodem pretio recipere mihi liceret.* Vergleicht man mit diesen Stellen noch die *L. 6. D. de resc. vendit.* und *L. 2. §. 5. D. pro emptore*, welche von allen Auslegern einstimmig von dem Kaufe verstanden werden, so wird man unter denselben eine große Aehnlichkeit finden ⁸⁵⁾.*

§. 998.

83) Rational. in Pand. ad h. L.

84) Tom. II. Lib. XX. Tit. 4. Const. 12. pag 503.

85) Auch das aus dem Canonischen Recht gewöhnlich citirte *Cap. 5. X. de emt. vendit.* redet nicht von einem wahren Weverkaufsvertrage, sondern von einem pacto usurario. *S. GONZALEZ TELLEZ* in *Comm. ad Decretal h. l.* und *ALTESERRA* in *Innocentio III.* pag. 480. Ueberhaupt ist zu bemerken, daß in den ältern Zeiten nicht selten eine antichretische Verpfändung

§. 998.

Von der Zeit des Rückkaufs. In wie fern findet hier Verjährung Statt?

In Rücksicht der Zeit des Wiederkaufs sind folgende Fälle zu unterscheiden. I. Es ist keine gewisse Zeit bestimmt worden. Hier sind die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt. Einige ⁸⁶⁾ behaupten, daß hier das Wiederkaufsrecht des Verkäufers keiner Verjährung unterworfen

worden ist. In die Form eines auf Wiederkauf geschlossenen Verkaufs eingekleidet worden sey. Ob nun wohl zwischen einem antichristlichen Pfandvertrage und einem Wiederkaufe ein wesentlicher Unterschied darin besteht, daß bey dem erstern der Schuldner Eigenthümer bleibt, bey dem letztern aber das Eigenthum auf den Käufer übergeht, so ist doch übrigens gegen die Gültigkeit eines solchen Geschäfts nichts einzuwenden, so weit solches innerhalb den Gränzen erlaubter Zinsen bleibt.

E. BOEHMER Consultat. et Decis. Tom. II. P. I. Resp. 285. de COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 53. Pütterer auserlesene Rechtsfälle 3. B. 3. Th. Resp. 306. nr. 13. S. 779. und Meißner pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrecht. 1. B. Sem. 25.

- 86) ZOANETTUS Tr. de emt. et venditione sub pacto de retrovendendo nr. 28. PACHINAEUS Controv. iur. Lib. II. Cap. 13. WISENBACH Exercitation. ad Pand. P. I. Disp. 35. Th. 32. et 33. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCI. medit. 7. WERNER select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 313. Aug. Frid. SCHOTT Diss. de praescriptione iuris bona sub pacto de retrovendendo alienata reluendi. §. 3. in Opuscul. pag. 284. sqq. MÜLLER ad Struvium Exerc. XXIII. Th. 42. not. 7. SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 20. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1961. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 542. nr. 1. Höpffner Commentar über die Institutionen. §. 873. a. E.

morffen sey, sondern zu jeder Zeit ausgeübt werden könne, denn es sey als eine res merae facultatis anzusehen. Andere ⁸⁷⁾ hingegen unterscheiden, ob sich der Verkäufer ausdrücklich vorbehalten habe, die Sache zu jeder Zeit, wenn es ihm belieben würde, es sey über kurz oder lang, wieder zu kaufen, oder nicht. Nur in dem ersten Falle sey das Wiederkaufsrecht an keine Verjährungszeit gebunden; in dem letztern Falle aber müsse es binnen dreyßig Jahren ausgeübt werden. Noch andere ⁸⁸⁾ stellen ohne Unterschied den

87) STRYK *Uf. mod. Pand. h. t. §. 44. et 45.* BOEHMER *Introd. in ius Dig. h. t. §. 33.* *Lud. God. MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 185.* *God. Lud. MENCKEN Introd. in doctr. de actionib. for. Sect. II. Cap. II. membr. 6. §. 38. pag. 225.* und besonders *Io. Frid. KAYSER Diss. de praescriptione pacti de retrovendendo, Gießae 1724.* und *Semler* über die Verjährung des aus dem Wiederkaufsvertrage entspringenden Wiederkaufsrechts: in dem neuen Leipziger Magazine für Rechtsgelehrte, herausgegeben von *Güntzer* und *Otto*. Leipzig 1786. Nr. IV. S. 63 ff. S. 236. ff. und S. 340. ff.

88) BACHOV *Notae et Animadverl. ad Treutlerum Vol. I. Disp. XXVIII. Th. 10. lit. D.* *Ant. FABER Cod. definit. for. Lib. VII, Tit. 13. Def. 3.* *Ant. PEREZ Praelect. in Cod. Lib. IV. Tit. 54. nr. 22.* *Pütter* *auserlesene Rechtsfälle. 3. B. 3. Th. Resp. CCCXI. nr. 23. ff.* *Herrmann Becker* *Rechtliche Gedanken über die Stelle in dem Schaumburgischen Compendio iuris Dig. Tit. de contrah. emt. vendit. §. 20. darin selbiger den Satz zu behaupten sucht, daß das dem Verkäufer in einem pacto de retrovendendo indefinite inito vorbehaltene Wiedereinlösungsrecht durch den Nichtgebrauch von 30 Jahren nicht verlohren gehe.* *Greifswalde 1787. 4.* *David SCHLÜTER Diss. de iure reuisionis ex pacto de retrovendendo competente, praescriptioni obnoxio. Gott. 1783. §. 24.* *Wilh. Ferd. L. B. BACHOV ab ECHT Exercit. de iustitia praescriptionis*

den Grundfaß auf, wenn gar keine Zeit bestimmt worden; so daure die Zeit des Rückkaufs nicht über dreißig Jahre, wenn sich auch der Verkäufer den Wiederkauf auf immer ausbedungen hätte. Jedoch sind diese wieder in Ansehung des terminus a quo sehr verschiedener Meinung. Einige ⁸⁹⁾ rechnen den Anfang der Verjährung von der Zeit des geschlossenen Contracts, andere ⁹⁰⁾ von der Zeit der Uebergabe der verkauften Sache, und noch andere ⁹¹⁾ erst von dem Augenblick an, da der Verkäufer, unter Anbietetung des Preises, den Käufer zum Rückverkauf vergebens aufgefordert hat. Ich habe mich über diese streitige Rechtsfrage schon bey einer andern Gelegenheit ⁹²⁾ für die oben

nis circa bona sub pacto retrovenditionis alienata. Ienae 1730. Sect. II. §. 15. sqq. HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 5. §. 10. Dabelow Handbuch des heutigen gemeinen Röm. deutschen Privatrechts 2. Th. 2. Abth. §. 1305. Henr. God. BAUER Commentat. ius retroemendi indefinite concessum tempore longissimo praescribi. Lipsiae 1762; in Desselben Responsor. iur. Vol. II. Lipsiae 1801. 3. Resp. XLV. II. pag. 1. sqq. Weber zu Höpfners Commentar über die Helnecc. Institutionen §. 873. Not. 7. S. 931. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1066. und Hüfeland Lehrbuch des Civilrechts, 1. B. §. 494. Not. d.

89) *Pet. de TOULLIEU Collectan. iuris civ. (Groening. 1737. 4. Diff. III. §. 85. MENCKEN Doctr. de action. for. p. 225. §. 38.*

90) *Otto Dav. Henr. BECMANN Diff. de feudo emto sub pacto de retrovendendo. Halae 1768. §. 6 not. pag. 9.*

91) *Ehibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 43. S. 124. und Desselben Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 1034. Dabelow über die Verjährung 2. Th. §. 169. S. 245. und Planck Lehre von der Verjährung. Göttingen 1809. 8. §. 20. S. 257.*

92) *S. den 1. Theil dieses Commentars §. 15. S. 115.*

oben angeführte zweyte Meinung erklärt, und es ist hier nur noch nöthig, die Beweise für dieselbe hinzuzufügen. 1) Daß die Wiederkaufsbefugniß in dem Falle, da sich der Verkäufer vorbehalten hat, die verkaufte Sache zu jeder Zeit, wenn es ihm gefallen würde, wieder zu kaufen, als eine *res merae facultatis* anzusehen, und daher keiner Verjährung unterworfen sey, leidet an sich keinen Zweifel. Denn wenn auch der Verkäufer das ihm aus dem Wiederkaufsvertrage zustehende Recht erst nach dreyßig und mehreren Jahren geltend macht, so kann ihm doch eine extinctive Verjährung darum nicht entgegenstehen, weil diese nur als *poena negligentiae* wirken, mithin, wo diese mangelt, auch gar nicht Statt haben kann. Nun hat hier der Verkäufer die Ausübung seines Rechts ganz ausdrücklich seiner freien Willkühr vorbehalten; die bisherige Unterlassung derselben beruhete also auf vertragsmäßiger Uebereinkunft, und die Unverjährbarkeit dieses Rechts ist als eine Bedingung des ganzen Geschäfts anzusehen. Zwar wenden diejenigen Rechtsgelehrten, welche auch in diesem Falle die Dauer der Wiederkaufsbefugniß nur auf eine Zeit von dreyßig Jahren beschränken, hiergegen ein, daß ein Verzicht auf die Ausflucht der Verjährung nicht gültig geleistet werden könne, weil die Verjährung der Klagen zum allgemeinen Besten eingeführt worden sey, nämlich *ne lites sint aeternae*⁹³). Sie könne also nach der Regel des Papinian: *ius publicum priva-*

93) S. Beckers angef. rechtliche Gedanken. RAVE DOCTR. de praescript. §. 167. Dabelow über die Verjährung 2. Th. Abt. 5. 3. S. 377. f.

privatorum pactis mutari non potest ⁹⁴⁾, durch Vertrag nicht aufgehoben werden. Allein dieser Einwand ist offenbar nichtig. Ist es erlaubt auf den Andern ein Recht wieder ruflich zu übertragen, und sich den Wiederkauf zu jeder Zeit, *quandocunque libuerit*, auszubedingen, so muß es auch erlaubt seyn, auf die Verjährung eines Rechts Verzicht zu thun. Jenes bestätigt *L. 2. Cod. de pactis inter emtor. et vend. composi.* letzteres die *L. 31. §. 22. D. de aedilit. edicto*, wo Ulpian sagt: *Si conuenit, ut in perpetuum redhibitio fiat, puto hanc conventionem valere.* Die Worte *in perpetuum* drücken aber nach den Gesetzen der Pandecten um so gewisser einen Zeitraum von ewiger Dauer aus ⁹⁵⁾, da der Zeitraum von dreißig Jahren erst durch das Recht des Coder für die *actiones perpetuae* bestimmt worden ist ⁹⁶⁾. Andere ⁹⁷⁾ hingegen räumen zwar ein, daß kein Gesetz der Entfagung der Präscription entgegenstehe, weil selbst der Zweck derselben lehre, daß sie in *utilitatem privatorum* eingeführt sey, mithin die Regel eintrete, nach welcher es einem Jeden erlaubt ist, sich seines Rechts zu begeben ⁹⁸⁾. Allein
 sie

94) *L. 38. D. de pact.*

95) *Princip. I. de perpetuis et tempor. action. L. 21. §. 1. D. Quod metus causa.*

96) *L. 3. Cod. de praescript. 30. vel 40. annor. S. Aug. Frid. GREEN Progr. de renunciatione praescriptionis. Lipsiae 1777. EICHMANN ad Ravii doctr. de praescript. §. 167. not. 1. pag. 385. sqq. und Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 2. S. 65.*

97) *S. SCHLÜTER Diss. cit. de iure reuultion. ex pacto de retrovend. competente, praescriptioni obnoxio. §. 18. et 19.*

98) *L. 29. Cod. de pact.*

sie läugnen, daß die Ausdrücke zu jeder Zeit, wenn es dem Verkäufer gefallen wird, über kurz oder lang, zu ewigen Zeiten, einen Verzicht auf die Verjährung enthalten, wenn dieser nicht ausdrücklich geleistet worden ist. Man sagt, solche generelle Zeitausdrücke, welche von den Contrahenten bey der Schließung des Wiederkaufsvertrags gebraucht worden, dürften im Zweifel nicht über den gesetzlich bestimmten Zeitraum von dreßßig Jahren ausgedehnt werden⁹⁹⁾. Denn man müsse immer vermuthen, daß die Paciscenten sich an die Gesetze hätten binden wollen¹⁰⁰⁾. Allein diese Meinung ist eben so ungegründet, als die erstere. Es ist vielmehr eine Regel, welche die Gesetze bey der Erklärung der Contracte bestätigt haben, daß die Worte der Contrahenten, immer ihrer Intention gemäß, in derjenigen Bedeutung genommen werden müssen, welche ihnen der allgemeine Sprachgebrauch beylegt¹⁾. Denn daß sich die Contrahenten vielmehr nach dem gemeinen teutschen, als nach dem ihnen vielleicht ganz unbekannt gewesenem römischen Sprachgebrauche werden getichtet haben, ist wohl nach der Vernunft und nach rechtlicher Vermuthung anzunehmen. Nun aber bedeuten jene allgemein abgefaßten Zeitausdrücke nach dem in gemeinem Leben angenommenen, und allgemein bekannten Redegebrauche einen seinem Anfange und Ablaufe nach uneingeschränkten Aus-

D 2

übungs-

99) Arg. L. 7. §. 16. L. 28. D. de pact. L. 55. L. 112. §. 4. D. de Legat. 1.

100) L. 54. §. 1. D. Locati.

1) L. 34. D. de div. reg. iur. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 945. nr. 1.

übungszeitraum, mit welchem sich die rechtliche Idee einer Verjährung, als welche ihrem Wesen nach einen terminus a quo und ad quem erfordert, schlechterdings nicht vereinigen läßt. Sollen nun also jene Ausdrücke nicht ohne Bedeutung seyn, und als ganz überflüssig erscheinen, so müssen sie von Seiten der Contrahenten nothwendig eine stillschweigende Entsagung des sonst nach den Gesetzen eintretenden Verjährungsvortheils, nach der muthmaßlichen Absicht derselben, zur begleitenden Folge haben, welche nach der Regel: *taciti eadem, quas expressi in conventionibus vis est*, mit einer ausdrücklichen Verjährungsent-sagung um so mehr von gleicher Wirkung seyn muß, je weniger die Gesetze zur Ausschließung der Verjährung eine ausdrückliche Entsagung erfordern ²⁾.

2) Hat hingegen der Verkäufer die Ausübung des sich ausbedungenen Wiederkaufsrechts nicht gerade durch Befügung jener allgemeinen Zeitausdrücke von seiner Willkühr abhängig gemacht, so ist sein Recht der dreißigjährigen Verjährung unterworfen, wenn keine Zeitbestimmung hinzugefügt worden ist. Denn der Verkäufer muß sein Recht mittelst der *actio venditi* verfolgen, und diese wird in dreißig Jahren präscriptirt. Hier ist nun aber der Anfang der Verjährung noch näher zu bestimmen. Da dieser mit der Entstehungszeit der zu verjährenden Klage coincidirt, nach der bekannten Rechtsregel: *actione nondum natae non currit praescriptio*; so entsteht die Frage, welche Voraussetzung erfordert werde, um sagen zu können,

2) Man sehe hier vorzüglich *Semmler's* oben angeführte Abhandl. in dem neuen Leipziger Magazin auf das Jahr 1786. S. 236. ff.

nen, daß *actio nata* sey? Hier ist nun a) soviel auffer Zweifel, daß von einer Klage auf Erfüllung des geschlossenen Wiederkaufsvertrags wohl nicht eher die Rede seyn könne, als wenn der Hauptkaufcontract, dem dieser Vertrag angehängt worden, durch die Uebergabe schon vollzogen worden ist. Denn eher ist schuldige Erfüllung einer Wiederverkaufsverbindlichkeit gar nicht denkbar. Es läßt sich daher schlechterdings nicht rechtfertigen, wenn *Toullieu* ³⁾ sagt: *nascitur statim a perfecto contractus*; und wenn *Mencken* ⁴⁾ auf gleiche Art lehrt, *Terminus a quo a tempore initi pacti computatur*. Eben so wenig kann ich aber auch denen kesspflichten, welche den Anfang der Verjährung erst von der Zeit an rechnen, da der Käufer dem Verkäufer die Sache gegen den angebotenen Preis zurückzugeben sich weigerte. Man geht hier von einem Grundsatz aus, den zwar mehrere ⁵⁾ behaupten wollen, nämlich daß Verbindlichkeiten, welche unaufgefordert nicht geleistet werden dürfen, zuerst von dem Verachtigten vergeblich gefordert worden seyn müßten, ehe die Verjährung anfangen könne; welchen ich aber für ganz ungegründet halte. Die *actio* ist vielmehr *nata*, sobald die Erfüllung der Verbindlichkeit gefordert werden kann.

3) *Collectan. iuris civ. Diss. III. §. 85. pag. 158.*

4) *Introd. in doctr. de action. pag. 225. §. 38.*

5) *Thibaut über Besitz u. Verjährung 2. Th. §. 43. Pfeiffer vermischte Aufsätze über Gegenstände des teutschen und römischen Privatrechts (Marburg 1803.) S. 305. und Christ. Ern. Weiss Diss. de interitu iurium per non usum, iuncta quaestione de genuina praescriptionis acquisitione et extinctivae indole (Lipsiae 1810.) Cap. I. §. 8.*

kann, (si dies cessit et venit) ⁶⁾; und von diesem Augenblick an nimmt auch die extinctive Verjährung ihren Anfang. Dies ist, wie ich glaube, in den Worten der *L. 3. Cod. de praescript. XXX. vel XL. annor.* Quae ergo antea non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo iure competere coeperunt; vivendi ulterius non habeant facultatem, und der *L. 1. §. 1. Cod. de annali except.* Sed ex quo ab initia competit, et semel nata est, post memoratum tempus finiri, deutlich genug ausgesprochen, und vom Herrn Prof. Weber ⁷⁾ überzeugend dargethan worden. Man gehe das ganze corpus iuris Romani durch, man vergleiche alle Gesetzstellen, welche von der Verjährung der einzelnen Klagen handeln; und man wird auch nicht eine einzige finden, welche den Satz begünstigte, daß die Verjährung erst von der Zeit an ihren Lauf beginne, da der Verpflichtete sich weigerte, das Recht des Klägers gelten zu lassen. Sie nehmen vielmehr durchgehends zum Anfang der extinctiven Verjährung den Zeitpunkt an, da ein Recht zu klagen vorhanden ist. Ist nun die Verbindlichkeit des Beklagten von der Art, daß dieselbe eine positive Handlung in sich faßt, deren Leistung dergestalt von der Willkür des Berechtigten abhängt, daß dieser, ehe sie geschehen kann, vorher seinen Willen erklären muß, von welcher Art die Rückverkaufsverbindlichkeit des Käufers ist; so verjährt das Klagerrecht, wenn sich der Berechtigte seines Rechts nicht

6) *L. 213. D. de Verbor. Signif.*

7) Zu Höpfner's Commentar über die Helnecc. Institut'onen §. 1182. Not. 3. Man sehe auch Kupprecht's Lehre von der Verjährung (Würzburg 1805.) §. 43.

nicht in der vorgeschriebenen Zeit bediente, ohne daß eine Aufforderung an den Verpflichteten vorauszugehen brauchte, von dem Tage an, da er sein Recht ausüben konnte. Dieß konnte aber der Verkäufer in dem Falle, da zur Ausübung der Rückkaufsbefugniß keine Zeit bestimmt worden, von dem Tage des durch die Uebergabe vollzogenen Kaufs an, mit jedem Augenblick ausüben. Es war mithin auch, wenn allensfalls der Käufer den Rückverkauf verweigern sollte, die *actio venditi* begründet. Der Käufer wird sich also mit Recht auf die Verjährung berufen können, wenn der Verkäufer binnen der gesetzlichen Verjährungszeit von 30. Jahren keinen Gebrauch von seiner Befugniß gemacht hat. Zwar meint Zellfeld, daß nach dem Canonischen Rechte, welches auch zur *extinctiven* Verjährung der persönlichen Klagen die *bona fides* erfordere, der Käufer sich mit der Einrede der Verjährung nicht werde schützen können, weil ihm der Verkäufer die Replik entgegensetzen könne, daß der Käufer, der seine Verbindlichkeit zum Rückverkauf gekannt habe, in *mala fide* gewesen sey. Allein das Canonische Recht kann hier keine Anwendung finden. Denn moralisch unrechtlich handelt nur derjenige, der eine gültig übernommene Verbindlichkeit, aus dem Seinigen etwas zu leisten, wissenschaftlich unerfüllt läßt⁸⁾. Nun kann hier der Käufer keiner unredlichen Entziehung seiner Verbindlichkeit beschuldiget werden. Denn kein Gesetz forderte ihn auf, seine Verbindlichkeit unverlangt zu erfüllen; er mußte vielmehr erst erwarten, ob der Verkäufer von seinem Rechte

8) S. Pfeiffers angef. vermischte Aufsätze S. 359. und WEISS in der angef. Dissertation Cap. II. §. 23. S. 70. ff.

Rechte Gebrauch machen, und ihn als verpflichtet ansprechen werde. Da also dem Käufer hier keine Unredlichkeit zur Last fällt; so läßt sich auch selbst nach dem Canonischen Recht der unbedingte Verlust des Klagerrechts, den nach dem Civilrecht ein dreyßigjähriges Stillschweigen des Verkäufers zur unausbleiblichen Folge hat, vollkommen rechtfertigen⁹⁾.

II. Ist in dem Vertrage ein gewisser Wiederkaufszeitpunct verabrebet worden, so sind wieder zwey Fälle zu unterscheiden. a) Es ist dieser Zeitpunkt als ein terminus a quo bestimmt worden, nach dessen Eintritt erst das Wiederkaufsrecht soll ausgeübt werden können. S. B. der Verkäufer behält sich vor, daß wenn er nach 10. Jahren Lust haben sollte, das verkaufte Grundstück wieder an sich zu bringen, der Käufer ihm solches wieder zu verkaufen, verpflichtet seyn solle¹⁰⁾. Hier ist die bedungene Wiederkaufsbefugniß, so lange dieser Zeitpunkt noch nicht eingetreten ist, ein ihrer Wirkung nach ruhendes Recht, und kann vor Ablauf desselben nicht ausgeübt werden¹¹⁾. Erst mit dem Ablaufe des letzten Tages dies

9) S. Weber zu Höpfners Commentar über die Helvec. Institutionen §. 1182. Not. 2. und Kupprecht Lehre von der Verjährung §. 72. Anmerk. S. 31. ff. Man vergleiche auch Ge. Lub. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 1. B. 2. Abth. Resp. 68. nr. 10. S. 534.

10) Eben dahin rechnet man auch die Worte: auf 10. Jahre lang wiederkäuflich. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 42.

11) L. 44. §. 1. D. de obligat. et act. Ex die incipit obligatio, culus natura haec est, ut ante diem non exigatur.

ses Zeitpunkt erwacht dieselbe, und kann von da an dreißig Jahre lang ausgeübt werden, ehe sie durch Verjährung erlischt, wofern nicht etwa verabredet worden, daß sie dem Verkäufer nun und zu ewigen Zeiten zustehen solle²²). b) Der Wiederkaufszeitpunct ist als ein terminus ad quem bestimmt, z. B. binnen zehn Jahren. Die rechtliche Wirkung dieser Zeitbestimmung besteht darin, daß der Verkäufer die ihm zugestandene Wiederkaufsbe fugniß nothwendig vor Ablauf des bestimmten Zeitpuncts gegen den Käufer geltend machen muß, weil sie mit dem Ablauf desselben erlischt²³). Der Käufer erhält also nunmehr ein immerwährendes und unwiederruffliches Recht an der ihm Anfangs nur wiederkäuflich überlassenen Sache, vermöge dessen er jetzt zu keiner weiteren Abtretung der Sache verbunden ist. Hat sich jedoch der Verkäufer seines Wiederkaufsrechts binnen der vertragsmäßig bestimmten Zeit durch Anerbietung des Preises bedient, der Käufer aber

12) L. 1. §. 1. *Cod. de annali exceptione.* STRYK *Uf. mod.* Pand. h. t. §. 49. MENCKEN *Doctr. de act. forens.* pag. 226. §. 38. lit. b. und *S e m l e r* *Abb. über die Verjährung des aus dem Wiederkaufsvertrage entspringenden Wiedereinlösungsrechts* §. 6 (in dem neuen Leipz. Magazin für Rechtsgelehrte auf das Jahr 1786. S. 256. ff.) Es ist übrigens eine irrige Meinung, wenn einige behaupten, daß der Verkäufer sich seines Wiederkaufsrechts gleich nach dem eingetretenen Termin bedienen müsse, weil sonst der einmal abgelaufene Eintrittszeitpunct wieder von neuem zu laufen anfange, welche schon LEYBEN in *Meditat. ad Pand.* Vol. III. Specim. CXCI. medit. 8. wiederlegt hat.

13) *Arg. L.* 27. §. 1. *D. de pactis.* STRYK. c. 1. §. 48. und *S e m m l e r* *angef. Abhandlung* §. 7. in dem Leipz. *Magazine* S. 259. ff.

aber sich geweigert, die Sache dem Verkäufer wieder käuflich abzutreten, so kann nach dem Römischen Rechte der Verkäufer nun binnen 30. Jahren sein Recht mit der *actio venditi* gegen den Käufer geltend machen ²⁴). Allein da der Verpflichtete durch die Aufforderung zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit unstreitig in *malam fidem* versetzt wird ²⁵); so kann dem Käufer nach dem Canonischen Rechte gar keine Verjährung weiter zu statten kommen.

§. 999.

Wiederkaufspreis.

Der Wiederkauf muß, wie jeder Kauf, für einen bestimmten Preis geschehen ²⁶). Dieser ist nun entweder schon in dem Vertrage festgesetzt, oder nicht. In dem ersten Falle bleibt es dabei, wosern nur, wie Zellfeld bemerkt, kein unerlaubter Zinswucher darunter verborgen liegt ²⁷). Außerdem kann der einmal bestimmte Preis weder erhöht noch vermindert werden, wenn auch gleich der Werth der verkauften Sache unterdessen gestiegen, oder gefallen seyn sollte ²⁸), wosern nur die Deterioration nicht durch die Schuld

14) S. MENCKEN in *doctr. cit.* pag. 226. lit. a, und MADIHN ad *Eundem* not. 648.

15) *Mala enim fides*, sagt *Ge. Lud. BOEHMER* in *Princip. iuris canon.* §. 635. *descendit ex scientia debiti, quod monitus alteri non praestat.* Man sehe auch von *Wulow* und *Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit.* 4. Band Erbt. 38.

16) S. *Gottl. WERNSDORF* Progr. I. et II. de *pretio retrovenditionis.* *Vitemb.* 1795.

17) *Cap. 5. X. h. t. Cap. 4. X. de pignor.* *Reichs-Pollicen-Ordn.* vom J. 1548. Tit. 17. §. 1. u. 7.

18) *LEYSER* *Meditat. ad Pand.* Vol. III. *Specim. CXCI. medit.* 10.

Schuld des Käufers entstanden ist. Denn wenn gleich der Käufer in der Zwischenzeit seines Besizes wahrer Eigenthümer ist, und ein Eigenthümer über seine Sache nach Gefallen disponiren kann; so ist er dennoch den mit Vorsatz oder durch seine verantwortliche Schuld verursachten Schaden darum zu vergüten schuldig, weil er nur ein wiederrufliches Eigenthum hat, und daher als ein debitor speciei zu betrachten ist. Der Grad der zu vertretenden Culpa ist übrigens der nämliche, welcher beym Kaufcontract überhaupt zu prästiren ist¹⁹⁾. Ist der Werth der Sache durch zufällige Deterioration vermindert worden, so behaupten zwar viele²⁰⁾, daß auch hier nicht der ganze Preis wieder zu bezahlen sey, sondern nur derjenige Theil desselben, den die Sache jetzt noch nach erlittener Deterioration werth ist, weil der Käufer, als interimistischer Eigenthümer, auch den Zufall tragen müsse. Allein ist der Preis, für welchen die Sache zurückverkauft werden soll, einmal bestimmt, so hat der Käufer keine andere Verbindlichkeit übernommen, als die, daß er die Sache für den bestimmten Preis dem Verkäufer zurückgebe. Will der Verkäufer diesen Preis nicht bezahlen, so steht ihm die exceptio non adimpleti contractus entgegen, und der Käufer ist nicht verbunden, ihm die Sache anders zurückzugeben, als wenn er den bestimmten Preis bezahlt²¹⁾. Man kann auch

19) S. DAN, NETTELBLADT Diss. de expensarum et pretii restitutione in retrovenditione. *Hafae* 1776. Cap. IV. §. 48.

20) *Lud. God. MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 185. NETTELBLADT cit. Diss. §. 47.*

21) MÜLLER *Observat. pract. ad Leyserum Tom. II. Fasc. II. Obs. 394. pag. 20, not. a.*

auch sagen, daß der Verkäufer wegen dieser schon zum voraus geschenehen Schätzung, zugleich stillschweigend die Gefahr, daß die Sache den ihr jetzt beygelegten Werth in der Folge verlieren könne, übernommen habe²²⁾. Ist hingegen der Wiederkaufspreis nicht schon zum voraus im Vertrage bestimmt worden, so nimmt man zwar gewöhnlich an, der Wiederkäufer sey im Zweifel nur zur Restitution des empfangenen Preises verpflichtet²³⁾. Allein da der Wiederkauf ein neuer Kauf ist²⁴⁾, so ist der Wiederkäufer vielmehr denjenigen Preis zu bezahlen schuldig, den die Sache gegenwärtig zur Zeit des wirklich vorzunehmenden Wiederkaufs hat, und dieser ist von verpflichteten Taxatoren zu bestimmen, wenn sich die Partheyen selbst darüber nicht vereinigen können²⁵⁾. Da
hier

22) Arg. L. 5. §. 3. D. Commodati. Man sehe Otto Dav. Henr. BECMANN Diss. de feudo emto sub pacto de retrovendendo Cap. I. §. 8. in nota.

23) VOET Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. III. §. 7. PUFENDORF Observat iuris univ. Tom. II. Obs. 75. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 40. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 542. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1961. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1066. nr. IV. Eibi aut System des Pand. Rechts 2. B. §. 957.

24) S. BECMANN cit. Diss. Cap I. §. 15.

25) Ant. PEREZ Prælect. in Cqd. Lib. IV. Tit. 54. nr. 17. BERLICH Concluf. pract. P. II. Concl. 2. nr. 39. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCI. medit. 9. HOMMEL Rhapsod. Quæstion. for. Vol. II. Obs. 326. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subsect. 2. §. 32. p. 621. NETTELBLADT cit. Diss. §. 42. et 43.

hier die Sache nach ihrem gegenwärtigen Werth taxirt wird, den sie zur Zeit des Wiederkaufs hat, so werden bey der Taxation auch zugleich die Verwendungen in Anschlag gebracht, die in der Zwischenzeit von dem Käufer gemacht worden sind, und wodurch die Sache verbessert worden ist. Es kann also hier über diese Verwendungen keine Schwierigkeit entstehen. Wenn hingegen der Wiederkauf für einen gleich anfangs bestimmten Preis, oder gegen Zurückgabe des empfangenen Preises geschieht, so ist wegen der auf die Sache verwandten Unkosten ein Unterschied zu machen, a) ob sie durch die Schuld des Käufers veranlaßt worden sind. Hier kann der Käufer deren wegen keine Vergütung fordern ²⁶⁾. Sind hingegen b) ohne eigenes Verschulden des Käufers Kosten zur Erhaltung oder Verbesserung der Sache verwendet worden, so müssen diese, so weit sie noch vorhanden sind, dem Käufer vergütet werden ²⁷⁾. Eben dieses gilt auch von denjenigen

Ro

BURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 21. MADIHN Princip. iur. Rom. P. II. §. 185. Hufeland Lehrbuch des Eivilrechts I. B. §. 495. Griesinger Commentar über das Wirtemb. Landrecht 1. Band §. 172. S. 609. f. Not 2. und MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum Tom. II. Fasc. II. Obs. 393.

26) GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. nov. Tom. II. §. 1066. Nr. VI.

27) Frid. BALEMANN Diss. de iure meliorationum competente emtori ex pacto revendenti. Argent. 1674. STRYK Ul. mod. Pand. h. t. §. 64. Thibaut Syst. des P. N. 2. B. § 957. Zwar läugnet LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim CXCI. medit. 13. daß impensae necessariae vergütet werden dürfen; allein man sehe Mich. God. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. P. I. h. t. §. 34. pag. 650. sqq. Bestehen freylich die impen-

Kosten, welche zur Wiederherstellung eines durch zufällig entstandene Feuersbrunst zerstörten Gebäudes verursacht worden sind. Denn der Käufer war nicht schuldig, diese Kosten aufzuwenden, sondern der Verkäufer hätte sich's müssen gefallen lassen, wenn ihm der Käufer die Sache in dem Zustande, in welchem sie durch den entstandenen Zufall gerathen ist, zurückgegeben hätte²⁸⁾. Er war, als debitor speciei, durch den zufälligen Untergang der Sache von seiner Verbindlichkeit befreit. Er hat daher durch die Wiederherstellung des Gebäudes auf seine Kosten unstreitig die Sache meliorirt²⁹⁾. Zwar darf der Preis, der einmal in dem Wiederkaufsvertrage bestimmt ist, gegen den Willen des Wiederkäufers nicht erhöht werden; allein es ist auch die Vergütung der Meliorationskosten für keine Erhöhung des Kaufpreises zu halten, noch zu behaupten, daß die Contrahenten durch die Bestimmung des Rückkaufpreises die Meinung erklärt hätten, daß ausserdem nichts

impensae necessariae in bloßen Realasten, die auf der Sache lasten, so muß diese der Käufer tragen, und kann dieser wegen keinen Ersatz fordern. Denn diese muß jeder Käufer von der Zeit an übernehmen, da ihm die Früchte der Sache gehören. Nam onera sequuntur eum, penes quem sunt commoda. L. 10. D. de div. reg. iur. S. NETTELBLADT cit. Diff. §. 29. et 30. und MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* T. II. Fasc. II. Obf. 394. pag. 17. Allein anders verhält sich's mit denjenigen Kosten, wodurch die Sache von der Gefahr eines ihr bevorzustandenen nahen Untergangs befreit worden ist.

28) S. BECMANN cit. Diff. Cap. I. §. 8.

29) *Frid. BEHMERS* nov. ius controvers. Tom. II. Obf. 134. LEYSER Medicat. ad Pand. Specim. CXCI. medit. 15.

nichts bezahlt werden sollte ³⁰⁾. Nettelbladt ³¹⁾ ist zwar der Meinung, daß der Wiederkäufer zur Erstattung der Kosten nicht verbunden sey, welche der Käufer auf die Wiederherstellung einer durch Brand oder Krieg zerstörten Sache verwendet hat, sondern der Käufer diese Kosten darum tragen müsse, weil dieser sonst gegen die Regel: *casum sentit dominus*, gar keinen Schaden leiden würde. Allein diesem Einwurfe ist schon oben begegnet worden. Wäre freylich das unter dem Wiederkaufsvertrage veräußerte Haus durch den Zufall ganz von Grund aus zerstört worden, und der Käufer hätte das Haus von neuem wieder aufgebaut; so würde von einer Vergütung der Meliorationskosten keine Frage mehr seyn können, weil dann der Gegenstand, welcher *sub pacto de retro* vendendo verkauft worden ist, nicht mehr existirt, das Recht des Verkäufers aber, als ein bloßes persönliches Recht, sich soweit nicht erstreckt, um das von dem Käufer erbaute neue Haus in Anspruch nehmen zu können ³²⁾. Der Käufer muß übrigens die Sache mit allem Zubehör herausgeben. Es gehören also auch eigentlich die noch zu der Zeit hangenden Früchte dem Wiederkäufer. Denn sie machen einen Theil des Grundstücks aus, und der Käufer erhielt sie auch bey dem ersten Kaufe. Es muß also auch bey dem Rückkaufe das Nämliche Rechtens seyn ³³⁾.

Man

30) S. NETTELBLADT cit. Diff. §. 46.

31) Cit. Diff. §. 32.

32) S. MÜLLER *Observat. pract. ad Leyserum* Tom. II, Fasc. II. Obs. 394. pag. 17. sqq.

33) *de COCCEJI iur. civ. controuv. h. t. Qu. 43.* GÄNTHER *Princip. iur. Rom. priv. noviss. Tom. II, §. 1066. nr. V.*

Man pflegt sie jedoch, wiewohl nach einer unrichtigen Anwendung der *L. 7. §. 1. D. Solutio matrimonii*. heut zu Tage zwischen dem Käufer und dem Wiederkäufer zu theilen³⁴⁾.

§. 1000.

Neuvertrag. Vorbehalt des Eigenthums oder einer Hypothek.

Zum Vortheil beyder Contrahenten kann dem Kaufcontract III. auch der Neuvertrag, *pactum displicentiae*, angehängt werden. Es wird darunter derjenige Nebenvertrag verstanden, wodurch sich einer der Contrahenten die Freyheit vorbehält, von dem Kaufe wieder abgehen zu dürfen, wenn ihn der Handel gereuen sollte. Dieser Vertrag kann also I. sowohl zum Besten des Käufers, als Verkäufers geschlossen werden. II. Er hat die Wirkung einer resolutiven Bedingung. Wird er geltend gemacht, so giebt ein Jeder dem Andern das Seinige zurück, als ob gar kein Kauf geschlossen worden wäre. *Si res ita distracta sit*, sagt *L. 3. D. h. t. ut si displicuisset, inempta sit, constat, non esse sub conditione distractam, sed resolvi emtionem sub conditione*. Man unterscheide also davon denjenigen Vertrag wodurch verabredet wird, daß der Kauf nur dann erst für vollkommen abgeschlossen gehalten werden solle, wenn sich der Käufer binnen einer bestimmten Zeit erklären würde, daß er mit dem Handel zufrieden sey. Hiervon redet §. 4. *I. h. t.* wo es heißt: *Emtio tam sub conditione, quam*

34) BERLICH *Conclus. pract. P. II. Concl. 2. nr. 69.* CARPZOV *Jurisprud. for. P. II. Const. 1. Def. 20. nr. 5.* BERGER *Oeconom. iuris Lib. III Tit. 5. Th. 8. not. 3.* und THIBAUT *Ess. des Pand. N. 2. B. §. 957.*

quam pure contrahi potest. Sub conditione, veluti: *Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emtus aureus tot.* Der Kauf wird hier unter einer suspensiven Bedingung geschlossen, welche es dem Käufer zur Pflicht macht, sich binnen der bestimmten Zeit über den Handel zu erklären. Vor Ablauf dieser Zeit ist zwar der Verkäufer seiner Seite an den Handel gebunden. Erklärt sich jedoch der Käufer binnen der bestimmten Zeit nicht, so ist nach Ablauf derselben keiner von beyden Theilen weiter verpflichtet oder berechtigt³⁵⁾. Bey dem angehängten Reuervertrage hingegen ist der Kauf sogleich vollkommen gültig. Denn er ist vor der Reue ein unbedingter Handel. Er wird aber resolvirt, wenn derjenige Contrahent, der sich das Reurecht vorbehalten hat, seine Gesinnung ändert³⁵⁾. III. Ist eine gewisse Zeit bestimmt, so muß das Reurecht binnen derselben ausgeübt werden, und findet nach Ablauf derselben nicht mehr Statt. Ist aber keine Zeit bestimmt, so muß es binnen der gesetzlichen Frist von 60 Tagen oder zwey Monaten ausgeübt werden, welche utiliter gerechnet wird; jedoch kann auch verabredet werden, daß es zu ewigen Zeiten demjenigen zustehen solle, der sich dasselbe vorbehalten hat. Ulpian sagt *L. 31. §. 22. D. de aedilit. edicto. Si quid ita venierit, ut nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur, ea conventio rata habetur: si autem de tempore nihil convenerit, in factum actio inter*

ter

35) S. VINNIUS Comm. ad §. 4. l. h. t. nr. 1. *Ian. a COSTA* et MARCILIUS ad eund. §. Institut. Westphal vom Kaufe §. 639.

36) Westphal vom Kaufe §. 685.

Glücks Erläut. d. Pand. 16. Th.

tra sexaginta dies utiles accommodatur emtori ad redhibendum, ultra non: si vero convenerit, ut in perpetuum redhibitio fiat; puto, hanc conventionem valere. IV. Die Zurückgabe des Eeinigen kann diesem Vertrage zu Folge jeder Theil a) mit der aus dem Contract entspringenden Klage, also mit der *actio emti* oder *venditi* fordern, je nachdem der Vertrag entweder zum Besten des Käufers oder des Verkäufers ist beygefügt worden. Es findet aber auch b) die *actio in factum praescriptis verbis* ³⁷⁾ Statt, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 6.

37) Der Grund, warum auch diese Klage gegeben wird, da sonst die *actio praescriptis verbis* nur da Statt findet, wo eine andere ordentliche Klage mangelt (L. 1. pr. L. 2. L. 21. D. de praescript. verbis), ist folgender. Es war ehemals ein Streit unter den Sabinianern und Proculianern über die Frage, ob mit der *actio ex contractu* auch auf die Aufhebung des Contracts geklagt werden könne, wenn demselben ein Resolutio, Vertrag wäre angehängt worden. Die Sabinianer waren der besahenden Meinung, weil auch ein solcher Vertrag, wenn er nur einem bonae fidei Contracte sogleich bey dessen Abschließung wäre beygefügt worden, in dem Contract begriffen, und als ein Theil desselben anzusehen sey, wie aus L. 6. §. 1. D. h. t. und L. 6. D. de rescind. vendit. erhellet. Julian, der auch zur Secte der Sabinianer gehörte, stellt daher L. 11. § 6. D. de act. emti et venditi die Regel auf: *utilem esse actionem ex emto etiam ad distrahendam emtionem*. Die Proculianer hingegen waren der entgegengesetzten Meinung, weil die Klage aus dem Contract zur Festhaltung desselben, nicht aber zur Vernichtung des Contracts eingeführt sey. Sie hielten daher die *actio in factum praescriptis verbis* für schicklicher. S. L. 12. D. de praescript. verb. welche aus des Proculus lib. XI. Epistolarum genommen ist. Diese letztere Meinung scheint in der Praxis den Vor-

L. 6. D. de rescind. vendit. Si convenit, ut res, quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex emto actio est, ut SABINUS putat, aut proxima emti in factum datur. Ist der Vertrag zum Besten des Käufers angehängt worden, so kann sich derselbe c) auch der Redhibitorischen Klage bedienen, weil die Aedilen diesen Vertrag unter andern mit zu einem Gegenstand ihres Edicts gemacht hatten³⁸⁾. Alle diese Klagen sind zwar, wenn in dem Neuvertrage über die Zeit der Ausübungsbefugniß nichts bestimmte worden, in die kurze Dauer einer zweymonatlichen oder sechzigtägigen Frist,

P 2

be.

zug erhalten zu haben, bis endlich durch ein Rescript der Kaiser Septimius Severus und Antoninus Caracalla *L. 4. pr. D. de lege commissor.* auch die Meinung der Sabitaner bestätigt wurde; so daß nun die eine Klage so gut, wie die andere gebraucht werden kann. *L. 2. Cod. de pactis inter emtor. et venditor. composit.* Man vergleiche Em. MERRILLIUS Observation Lib. III. cap. 8. et Variant. ex Cujacio Lib. II. cap. 6. Jan. a COSTA Commentar. in Decretal. Gregorii IX. Lib. III. Tit. 21. pag. 516. Ios. Fernand. de RETES Opusculor. Lib. II. Sect. IV. cap. 3. nr. 9 — 12. (in Ger. MEERMAN *Thes. iur. civ. et canon.* Tom. VI. pag. 163.) Ger. NOODT de pactis et transact. cap. XI. (*Oper.* Tom. I. p. 510. §. *Sed liquet.*) Gottfr. MASCOV Diatr. de Sectis Sabinian. et Proculianor. Cap. IX §. XI. pag. 190 und Io. Guil. van. MUSCHENBRÖEK Specim. de lege commissoria in pignore. Cap. I. (in Ger. OELRICHS *Thes. nov. Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. T. II. pag. 642. sqq.)

38) G. Guil. RANCHINI Edictum perpetuum restitutum Lib. XXI. Tit. I. § 12. (in *Thes. Meerman* Tom. III. pag. 249.) und Ger. NOODT Comm. ad Dig. Lib. XXI. Tit. 1. §. *Tertia causa.* pag. 456. in fin. et sq.

beschränkt³⁹⁾, jedoch soll die Klage zuweilen auch noch nach Ablauf dieser Frist Gehör finden, wenn der Kläger eine gerechte Ursache erweisen kann, welche ihn hinderte, sein Neurecht binnen der gesetzlichen Frist auszuüben⁴⁰⁾. Außer der bereits oben angeführten *L. 31. §. 22. D. de aedilit.*

39) Mehrere Rechtsgelehrten sind zwar der Meinung, daß in dem Falle, da keine Zeit in dem Neuvertrage bestimmt worden, *actione ex contractu* 30. Jahre lang geklagt werden könne. STRUV *Synt. iur. civ. T. II. Exercit. XXVII. Th. 12.* STRYK *de actionib. forens. Sect. I. Membr. VI. §. 16. et 19.* de COCCEJI *iur. civ. contr. T. II. Lib. XXI. Tit. 1. Qu. 6.* Westphal vom Kauf §. 688. Allein schon WERNER *selectar. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obl. 473.* hat diese Meinung widerlegt. Daß die Dauer der *actio empti vel venditi* sich nicht weiter, als die der *actio redhibitoria* erstrecke, wenn über die Zeit der Ausübung des Neurechts in dem Vertrage nichts bestimmt worden, behaupten auch BERGER *Oecon. iuris Lib. III. Tit. 8. Th. 7. not. 7.* VOET *Comm. ad Pand. h. t. §. 26.* BOEHMER *ius Dig. Lib. XXI. Tit. I. §. 7. in fin.* Beiträge zur jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten 7. Samml. S. 58. f. u. Ehibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 50. In der That wäre ja die ganze Verordnung der *Aedilen* vergeblich gewesen, wenn nach Ablauf der von ihnen bestimmten Neufrist noch immer die *actio ex contractu* Statt haben sollte, wie auch NOODT a. a. O. bemerkt hat.

40) *L. 31. §. 22. in fin. et §. 23. D. de aedilit. edicto.* Item si tempus sexaginta dierum praefinitum redhibitioni praeteriit, causa cognita iudicium dabitur. In causae cognitione autem hoc versabitur, si aut mora fuit per venditorem, aut non fuit praesens, cui redderetur, aut aliqua iusta causa intercessit, cur intra diem redhibitum mancipium non est, quod ei magis displicuerat.

aedilit. edicto, gehört noch hieher *L. 4. Cod. de aedilit. act.* wo die Kaiser Diocletian und Maximian auf folgende Art rescribiren: *Si praedium quis sub ea lege comparavit, ut, si displicuerit, inemptum fit, id, utpote sub conditione venditum, resolvi, et redhibitoriam actionem adversus venditorem competere, palam est.* Da hier der Kauf für nicht geschlossen gehalten wird, wenn der Contrahent sich seines Neurechts bedient, so fällt das Eigenthum sofort, und ohne Tradition wieder an den Verkäufer zurück. Ist daher zu seinem Besten der Vertrag beygefügt worden; so kommt ihm sogar d) die *actio in rem*, oder Reivindication gegen jeden dritten Besitzer zu Statten⁴¹⁾. V. Der Neuvertrag ist übrigens ein subjectivpersönlicher Vertrag, welcher nicht auf die Erben übergeht⁴²⁾. Ein sehr gewöhnlicher Nebenvertrag beym Kaufcontract ist ferner VI. der Vorbehalt des Eigenthums, *pactum reservati dominii*⁴³⁾. Er wird zu

41) *L. 41. D. de rei vind. L. 1. L. 4. Cod. de pac. int. emt. et vend. composit.* MUSSCHENBROEK c. 1. pag. 645. und *Io. Gottfr. BAUER Progr. de vindicatione rei venditae et traditae. Lipsiae 1759. (in Opuscul. T. I. Nr. 23. pag. 272.)*

42) VORT Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 1. §. 26.

43) *Io. Bernh. FRIESE Diss. de pacto dominium in emtione venditione usque ad pretii solutionem reservante. Ienae 1706. Io. Nic. HERTII Diss. de reservatione dominii vel hypothecae in re vendita; in eius Commentat. et Opuscul. Vol. II. T. III. pag. 155. sqq. Io. Frid. WAHL Diss. de validitate et effectu reservationis dominii et hypothecae in securitatem residui pretii in rebus praecipue immobilibus venditis. Goettingae 1753. A. F. GORSSSEL Disqu. de vi reservati dominii et hypothecae in re vendita, moto concursu creditorum sese inprimis exferente. Cellae 1793.*

zu Gunsten des Verkäufers in dem Falle angehängt, da er den Kaufpreis creditirt, und kann auf verschiedene Art verabredet werden, nämlich entweder a) auf eine solche Art, daß das Eigenthum der Sache, welches sonst auf den Käufer übergehen würde ⁴⁴⁾, bis dahin, da der Käufer das Kaufgeld bezahlt haben wird, bey dem Verkäufer verbleiben solle; welches denn auch stillschweigend dadurch geschieht, wenn verabredet wird, daß dem Käufer, bis zur Beichtigung des Kaufpreises, nur der Genuß der Sache als ein *Prekarium* ⁴⁵⁾, oder pachtweise zustehen solle ⁴⁶⁾. *Nam rei suae neque precarium neque conductio consistere potest* ⁴⁷⁾; oder b) auf eine solche Art, daß blos der Rückfall des Eigenthums auf den Fall verabredet wird, da der Käufer insolvent werden sollte. Gewöhnlich nehmen die heutigen Rechtsgelehrten nur entweder den einen oder den andern Fall in ihren Begriff auf ⁴⁸⁾. Allein warum sollte man

44) §. 41. in fin. I. de rer. divis.

45) L. 20. D. de precario. *Ea, quae distracta sunt, ut precario penes emptorem essent, quoad pretium universum persolveretur, si per emptorem stetit, quomihus persolveretur, venditorem posse consequi.*

46) L. 16. D. de peric. et comm. rei vend. *Servi emptor, si eum conductum rogavit, donec pretium solveret, nihil per eum servum acquirere poterit: quoniam non videtur traditus is, cuius possessio per locationem retinetur a venditore.* Man vergleiche noch L. 20. §. ult. et L. 21. D. Locati.

47) L. 45. pr. D. de div. reg. iur. L. 4. §. 3. D. de precario. L. 20. Cod. de locat.

48) Nach dem ersten Fall bestimmt WÄHL cit. Diff. §. 20. MADDIEN Princip. iur. Rom. P. II. §. 186. Dabelow Handbuch des heutigen Röm. deutsch. Privatrechts 2. Th. 2 Abth. §. 1309.

man denn nicht beyde Fälle verbinden können, da es ja hier lediglich auf die Uebereinkunft der Contrahenten ankommt, indem das Röm. Recht keinen bestimmten Begriff giebt⁴⁹⁾? Der Unterschied besteht übrigens darin, daß in dem letzten Falle der Vertrag ein Resolutivvertrag ist. Das Eigenthum der Sache geht daher auf den Käufer über. Der Käufer kann folglich, dieses Vertrags ungeachtet, die Sache benutzen, kann sich den gefundenen Schatz zueignen, ihm steht auch das Vindicationrecht zu, dagegen schadet aber auch dem Käufer der zufällige Untergang der Sache⁵⁰⁾. Denn die Gefahr geht, wie unten

vore

Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 873. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. III. §. 1967. und Heint. Ernst Ferd. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfindern. §. 51. Not. c. S. 85. Nach dem letztern HERT cit. Diff. §. 7. SCHAUMBURG Comp. iur. Dig. h. t. §. 18. Ehlbaut Syst. des P. R. 2. B. §. 955. GÜNTHER Princip. iuris Röm. priv. noviss. T. II. §. 1063. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 499. Not. 2.

49) Man streitet sich darüber, ob dieser Vertrag den Römern bekannt gewesen sey? Namentlich kommt er freylich in dem Röm. Gesetzbuche nicht vor. Allein daß er den Römern ganz unbekannt gewesen, und bloß eine Erfindung der Deutschen sey, wie SCHUTTER in Praxi iur. Rom. Exercit. XXX. §. 56. behaupten will, ist unrichtig. Das Gegentheil beweisen die Not. 45. und 46. angeführten Gesetzstellen, wie auch WÄHL cit. Diff. §. 21. 22. et 23. gezeigt hat. Ueber die zweyte Art dieses Vertrags findet sich freylich kein Gesetz des Röm. Rechts. Allein auch diese ist wenigstens bey Analogie desselben keinesweges entgegen.

50) S. HERT cit. Diff. §. 7. 13. et 14. SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 18. lit. c.]

vorkommen wird, auf den Käufer über, sobald der Contract zur Perfection gediehen ist ⁵¹⁾). Ganz anders ist die Wirkung dieses Vertrags in dem ersten Falle. Hier hängt die Erwerbung des Eigenthums von der suspensiven Bedingung der Bezahlung des Kaufgeldes ab. Der Käufer benützt hier blos die ihm übergebene Sache bis zur völligen Berichtigung des Kaufpreises, und zwar, nach Maassgabe der getroffenen Uebereinkunft, entweder als ein Prefarium, oder als Pächter. Der Verkäufer behält hingegen alle Rechte des Eigenthums bis zur Existenz der Bedingung ⁵²⁾). Ihm steht daher auch das Vindicationsrecht zu. Er trägt hier aber auch nach der Meinung vieler Rechtsgelehrten ⁵³⁾ die Gefahr der Sache, obwohl andere ⁵⁴⁾ richtiger unterscheiden, ob die Perfection des Contracts, oder nur die Vollziehung desselben von der Bezahlung des Kaufgeldes abhängig gemacht worden ist, indem, wenn das letztere ist,

51) §. 3. *I. h. t.*

52) WAHL *cit. Diff.* §. 41.

53) GROTIUS *de iure belli et pacis* Lib. II cap. 12. §. 15. CARPZOV *Responsor. iuris* Lib. I. Resp. 108. SCHILTER *Prax. iur. Rom. Exercit.* XXX. §. 57. THOMASIIUS *ad Huberi Praelect. iur. civ. h. t.* §. 12. BOEHMER *Introduct. in ius Dig. h. t.* §. 31. und *Wilh. Frid. LINK* *Diff. de rei sub pacto reservati domini venditae periculo. Altorfii* 1748.

54) WAHL *Diff.* §. 33. 37. 38. et 45. LAUTERBACH *Colleg. th. pract. Pand.* Lib. XVIII. Tit. 3. §. 25. et 26. SCHORFFER *Diff. de dominio a venditore reservato.* Cap. III. Sect. 3. STRYK *Uf. mod. Pandect* Lib. XVIII. Tit. 6. §. 2. et *de cautelis contract.* Sect II. cap. VIII. §. 25. Gebrüder Overbeck *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien* 1. B. *Medit.* 53. und WALCH *Introduct. in controvers. iur. civ.* Sect. III. Cap. IV. membr. IV. §. 17.

ist, die Gefahr allerdings auf den Käufer übergeht, weil der Vorbehalt des Eigenthums dem Wesen des Contracts nicht schadet. Uebrigens äussert sich der Nutzen dieses Vertrags, er mag nun auf die eine oder andere Art geschlossen worden seyn, vorzüglich dann, wenn über das Vermögen des Käufers ein Concurſus entsteht. Hier steht dem Verkäufer ein Separationsrecht zu, vermöge dessen er sich in den Concurſus gar nicht einzulassen braucht, sondern mittelst der rei vindicatio verlangen kann, daß ihm die noch in der Concurſusmasse vorhandene Sache zurückgegeben werde, weil die Eröffnung des Concurſus beweist, daß der Käufer insolvent sey⁵⁵⁾. Da jedoch der Verkäufer sich das Eigenthum der Sache oder den Rückfall desselben bloß zur Sicherheit des Kaufgeldes vorbehalten hat, so steht es den Gläubigern oder dem Curator des Concurſus allerdings frey, durch Bezahlung des Kaufgeldes die Zurückgabe der verkauften Sache zu vermeiden, und die Sache für die Masse zu erhalten, wenn vielleicht bey dem öffentlichen Verkaufe der Güter durch erlösten höhern Werth derselben für die Concurſusmasse ein Gewinn zu machen seyn sollte⁵⁶⁾. Denn auch der Käufer würde durch befriedigende Zahlung die actio venditi von sich haben abwenden können⁵⁷⁾. Soll jedoch dieser Vertrag

den

55) *E. Christ. Gottl. Gmelin* Diff. de iure separationis, quod exorto super bonis emtoris concursu venditori in re vendita competit. *Tubingae* 1799. §. 27. et 28.

56) *Hertius* cit. Diff. Sect. I. §. 10. *Wahl* cit. Diff. §. 48. in fin. und von *Gmelin* Ordnung der Gläubiger bey dem Santsproceße. Kap. 2. §. 51. (*Stuttgard* u. *Tübing.* 1813.)

57) *Gmelin* cit. Diff. §. 26.

den ihm benzelegten Vortheil gewähren, so ist schlechterdings nothwendig, daß der Vorbehalt des Eigenthums geschehen seyn müsse, ehe noch der Kauf durch die Uebergabe vollzogen war. Denn ist das Eigenthum einmal auf den Käufer übertragen, so wird der Verkäufer das, was er nicht mehr hat, sich nun vergebens vorbehalten⁵⁸⁾. Zwar von gleichem Zwecke, aber doch verschieden von jenem Vertrage ist V. der Vorbehalt einer Hypothek auf der verkauften Sache bis zur gänzlichen Bezahlung des Kaufgeldes⁵⁹⁾. Denn da man auf seiner eigenen Sache

58) WAHL cit. Diff. §. 32. und GMELIN. cit. Diff. §. 25.

59) Dieser Vertrag ist in der *L. 1. §. 4. D. de reb. eor. qui sub tutela vel cura sunt* gegründet. Nur wenn der Käufer noch minderjährig ist, gilt er nicht ohne obrigkeitliche Bestätigung. Ulpian sagt nämlich: *Si minor viginti quinque annis emit praedia, ut quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori: non puto pignus valere. Nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari. Paulus L. 2. D. eodem* fügt noch hinzu: *Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quaesitum est, et ab initio obligatio inhaesit. Quod si a fisco emerit, nec dubitatio est, quin ius pignoris salvum sit. Si igitur talis species in privato venditore inciderit, Imperiali beneficio opus est, ut ex Rescripto pignus confirmetur. Paulus* macht hier einen doppelten Einwand, wie POTHIER in *Pandect. Iustinian. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 9. Nr. VI. not. h. et i. pag. 161.* ganz richtig bemerkt. Erstens, wenn sich der Verkäufer ein Pfandrecht vorbehielt, so ist ja dasselbe nicht erst bestellt worden, nachdem die Sache Eigenthum des minderjährigen Käufers geworden ist; sondern es haftete vermöge des geschehenen Vorbehalts schon in dem Augenblick der Erwerbung des Eigenthums auf der Sache, und ging mit der Sache auf den Erwerber derselben über. Zweitens wenn der Minderjährige die Sache von dem

Fis.

Sache kein Pfandrecht haben kann⁶⁰⁾; so schließt dieser Vertrag den Vorbehalt des Eigenthums aus, er setzt vielmehr die Uebertragung des Eigenthums an den Käufer voraus⁶¹⁾. Dem Verkäufer ist also hier nicht so, wie bey jenem Vertrage, im Falle eines ausgebrochenen Concurſes über das Vermögen des Käufers, ein Vindicationsrecht gestattet⁶²⁾. Jedoch wird ihm von den meisten Rechtsgelehrten⁶³⁾ ein Quasi-Separationsrecht zugestanden, wenn er sich die Hypothek entweder gleich bey dem Verkaufe, oder wenigstens noch bey der Uebergabe der

Fiskus gekauft hätte, so würde Niemand zweifeln, daß das Pfandrecht gültig sey. Dem allen obgesehen, sagt Paulus, tritt hier ein ganz anderes Verhältniß ein, wenn der Verkäufer eine Privatperson ist. Denn dem Fiskus steht ein Pfandrecht schon nach den Gesetzen zu. Allein der Vorbehalt der Hypothek ist anders nicht gültig, als wenn der Regent das Pfandrecht bestätigt.

60) *L. 45. pr. D. de div. reg. iur.*

61) *S. MYLIUS* *Diss. de reservatione hypothecae a venditore in securitatem pretii residui. §. 31.* *Smellin* *Ordnung der Gläubiger §. 51.* Unrichtig vermischt *WAHL* *cit. Diss. §. 35. sqq.* beyde Verträge.

62) *Io. Nepom. ENDRES* *Diss. de privilegio hypothecae iudicialis a venditore in re vendita reservatae moto concursu. Wirceburgi 1774. §. 14 — 21.*

63) *VOET* *Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 4 §. 18.* *HERTIUS* *Diss. de reservat. dominii vel hypothecae in re vendita. Sect. II. §. 11.* *ERXLEBEN* *de iure pignorum. §. 215.* *ENDRES* *cit. Diss. §. 26. sqq.* *Christoph. Christ. Dabelow* *ausführl. Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. Kap. 12. §. 351. f.* *HOFACKER* *Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. II. §. 1210. nr. IV. u. a. m.*

der verkauften Sache vorbehielt, vermöge welchen er vor allen und jeden, auch ältern, wenn gleich noch so privilegierten Gläubigern des Käufers den Vorzug hat. In der Praxis ist auch diese Meinung unbestritten angenommen⁶⁴⁾; nur in der Theorie ist sie nicht außer Widerspruch, weil ihr entgegen zu stehen scheint, daß der Verkäufer, der auf seiner eigenen Sache kein Pfandrecht haben kann, auf der verkauften Sache nicht eher ein Pfandrecht erwirbt, als wenn durch die Uebergabe das Eigenthum auf den Käufer übergegangen ist⁶⁵⁾. Man behauptet daher, daß man dem Verkäufer, nach der Analogie eines Anleiherers, der zum Erkauf einer Sache Geld dargeliehen, und sich eine Hypothek vorbehalten hat⁶⁶⁾, blos ein conventionelles privilegiertes Pfandrecht gestatten könne, und dieses auch nur dann, wenn die Sache ein Schiff, oder ein Grundstück ist⁶⁷⁾. Es läßt sich indessen die Meinung der Praxis wohl rechtfertigen. Denn wenn es gleich an sich richtig ist, daß ich auf meiner eigenen Sache kein Pfandrecht haben kann, so kann ich mir doch auf den Fall, da diese Sache das Eigenthum eines Andern zu werden anfängt, eine Hypothek mit der Wirkung vorbehalten, daß dieser nun das Eigenthum anders nicht, als mit einer Hypothek be-

64) MEVIUS Tom. II. P. VI. Decis. 193. CARPZOV P. I. Const. 28. Def. 20. nr. 4. BRUNNEMANN Process. concurs. creditor. Cap. V. §. 13. LUDOVICI Concurssprocess. Hptst. XI. §. 5. Frid. Es. a PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 212.

65) L. 1. §. 4. L. 2. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt.

66) L. 7. Cod. Qui potior. in pign. Nov. 97. cap. 3. L. 12. Cod. de distract. pignor.

67) Zhibaut Syst. des Pand. R. 2. Band. §. 655. a. E.

beschwert, erwirbt. Paulus ⁶⁸⁾ sagt von einem solchen Vorbehalt: *Cum dominio pignus quaesitum est, et ab initio obligatio inhaesit sc. rei emtae* Nun habe ich aber vermöge dieses Vorbehalts das Eigenthum meiner Sache unter keiner andern Bedingung auf den Käufer übertragen wollen, als um in Ansehung derselben wegen meiner Forderung allen andern Gläubigern⁶⁹⁾ des Käufers vorzugehen ⁶⁹⁾. Ein insonderheit dem Käufer sehr vortheilhafter Nebenvertrag ist VI. das *constitutum* oder *pactum constituti possessorii*. Es wird dieser Vertrag besonders in dem Falle angehängt, da die Sache nicht so gleich tradirt wird, und vermöge desselben verabredet, daß der Verkäufer von der Zeit an, da der Kauf zu Stande gekommen ist, die Sache nicht mehr in eigenem Namen, sondern auf den Namen des Käufers besitzen wolle ⁷⁰⁾. Es beruhet dieser Vertrag auf dem Grundsatz des Römischen Rechts, daß durch das bloße Wollen des Eigenthümers der juristische Besitz in eine Detention verwandelt, und der Besitz auch durch Mittelbersonen erworben werden könne ⁷¹⁾, welcher schon an einem andern Orte ⁷²⁾ vorgekommen ist, wo von dem *constituto possessorio* überhaupt gehandelt wurde. Das *pactum constituti possessorii* setzt also I. auf Seiten des Constituenten immer voraus, daß er den juristischen Besitz der Sache bisher gehabt habe, und solchen auf einen Andern übertragen wolle, auf dessen Namen er die Sache von nun an detinirt. Es läßt sich daher nicht wohl

68) L. 2. D. de reb. eor. qui sub tut.

69) L. 48. D. de pact. L. ult. in fin. Cod. de pact. inter emt. et vendit. HUBER Praelect. in Pand. Lib. XX. Tit. 4. § 26.

70) S. Pet. MÜLLER Diss. de constituto possessorio. Ienae 1689. Cap. I. §. 4. Car. Gottl. KOCH Diss. de natura et effectu constituti possessorii, praef. Io. Christph. SPITZ def. Erfordiae 1751. §. 2. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. CCCXLV. medit. 4—6. S. e. Lud. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle. 1. B. 2. Abth. Resp. 65. nr. 15. S. 505. f. von Savigny Recht des Besitzes §. 27. S. 307. ff.

71) L. 18. pr. D. acquir. possess. L. 13. pr. D. de acquir. rer. dom.

72) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 581. S. 106. ff.

wohl mit der Natur des Constitutum vereinigen, wenn man sagt, es sey der Vertrag, wodurch der Käufer sich verbindlich macht, die ihm verkaufte und übergebene Sache bis dahin, da das Kaufgeld völlig bezahlt seyn wird, nicht in seinem, sondern in des Verkäufers Namen besitzen zu wollen⁷³⁾. Dieser Vertrag, welcher dem Verkäufer zum Vortheil gereicht, ist offenbar ein stillschweigender Vorbehalt des Eigenthums, aber kein *constitutum*. II. Das *pactum constituti possessorii* kann, wie auch schon oben bemerkt wurde, sowohl ausdrücklich als stillschweigend geschlossen werden, z. B. wenn verabredet wird, daß der Verkäufer die Sache als Pächter oder Miethsmann behalten solle⁷⁴⁾. III. Die Wirkung dieses Vertrags besteht darin, daß der Käufer dadurch, ohne alles körperliche Handeln auf die Sache selbst, Eigenthum und Besiß erhält, eben so, als wenn ihm die Sache wirklich übergeben worden wäre; dahingegen dem Verkäufer die bloße Detention verbleibt. Der Verkäufer kann also nun die Sache keinem Andern weiter verkaufen; der Käufer kann sich hingegen nicht nur der Reivindication gegen jeden dritten Besißer, sondern auch der possessorischn Rechtsmittel sowohl gegen den Verkäufer selbst, als gegen Andere bedienen⁷⁵⁾.

73) S. MADIGN Princip. iuris Rom. P. II. §. 186. nr. V.

74) L. 75. *Da h. t. Qui fundum vendidit, ut cum certa mercede conductum habeat, vel simile aliquid paciscatur, ad complendum id, quod pepigerunt, ex vendito agere poterit.* S. Ios. FINESTRAE Hermogenianus ad h. L. §. 3. et 4. pag. 451.

75) S. MÜLLER cit. Diss. Cap. V. §. 4. et 9. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 770.

Verbesserungen.

S. 35. Z. 12. ist statt verbindlich, unverbündlich zu lesen.

S. 104. Not. 6. ist Statt LUDOLF Observat. P. III. Obs. 245. zu setzen MEVIUS Decision. Tom. I. P. II. Decis. 196. et T. II. P. VII. Decis. 373. et 374.

S. 213. Not. 5. Z. 5. ist statt acquisitione, *acquisitivae* zu lesen.

Ausführliche Erläuterung
der
P a n d e c t e n
nach
Hellfeld
ein Commentar

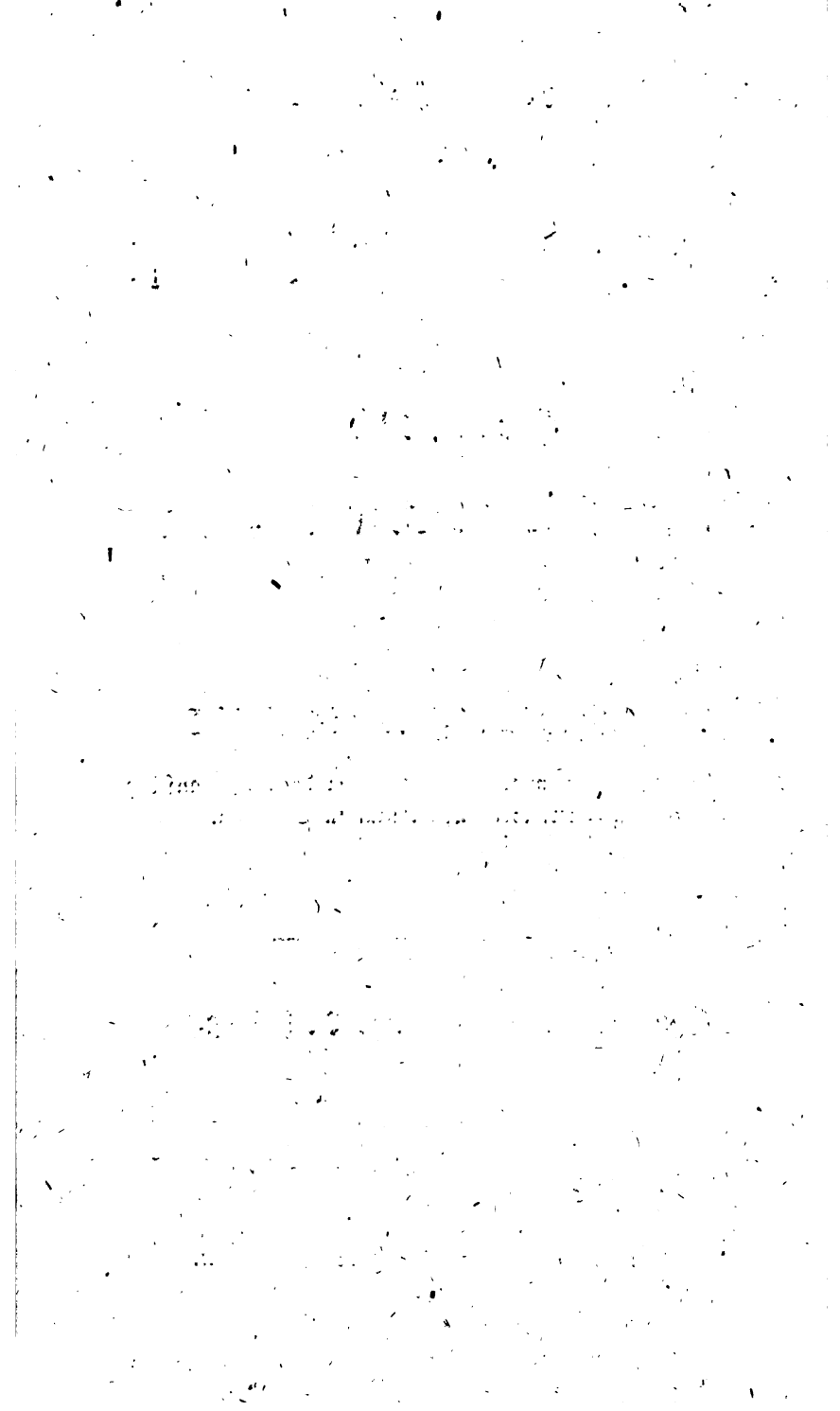
von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der
Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Sechszehnten Theils zweyte Abtheilung.

E r l a n g e n
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1 8 1 5.



Lib. XVIII. Tit. II.

De in diem addictione.

§. 1001.

Begriff des *pacti additionis in diem*. Was ist ein besserer Käufer?

Zu den Nebenverträgen des Kaufcontractes gehört ferner VII. das *pactum additionis in diem*, wodurch zwischen den Contrahenten verabredet wird, daß der abgeschlossene Kauf nur unter der Bedingung gelten, oder gültig bleiben solle, wenn sich innerhalb einer gewissen Zeit kein besserer Käufer finden würde ¹⁾. Dieser Vertrag kann sowohl *suspensiv* als *resolutiv* hinzugefügt werden. Doch streitet für das letztere die Vermuthung ²⁾.

L. I.

1) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. Die Lesart *adiectio in diem*, die man in einigen Exemplaren der Pandecten findet, ist unrichtig, wie schon ANS. AUGUSTINUS Lib. III. Emendat. cap. 3. bemerkt hat. Das Wort *adiicere* wird von dem Käufer gebraucht, welcher ein besseres Gebot thut, oder die von dem neuen Käufer angebotenen besseren Bedingungen erfüllen will. L. 4. §. 1. L. 7. L. 19. D. h. t. Von dem Verkäufer hingegen sagt man *addicere*, oder auch *collocare*, welches hier eben soviel, als *rem addicere emptori*, heißt. L. 11. D. h. t. Ios. FINESTRES Hermogenian. ad L. 35. D. de minor. §. 1. p. 246.

2) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5.

Glücks Erläut. d. Pand. 16. Th.

I. I. D. h. t. In diem addictio ita fit: *ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra calendas Ianuarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino³⁾ abeat.*

L. 2. pr. D. eodem. Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub conditione resolvitur; an vero conditionalis sit magis emptio, quaestio est? Et mihi videtur verius, interesse, quid actum sit. Nam si quidem hoc actum est, *ut meliore allata conditione discedatur*, erit pura emptio, quae sub conditione resolvitur: sin autem hoc actum est, *ut per-*

3) Man streitet sich, auf wen das *domino* geht. Accursus versteht darunter den Käufer, und erklärt diese Formel von einer resolutive Bedingung. Ihm stimmt auch *Jac. LABITTUS* in *Iudicis Pandectar. usu. Cap. IV. §. 12.* (in *WIELING Jurispr. restituta* Tom. II. pag. 82.) bey. Andere hingegen verstehen unter dem *dominus* den Verkäufer, und erklären die Formel von einer suspensiven Bedingung; s. *D. WIELING* in *Praetermissis ad Labittum* pag. 226. sq. und *BERGER* *Resolution. Legg. obstant.* pag. 317. Noch andere glauben, der *dominus* könne sowohl der Käufer als Verkäufer seyn, je nachdem der Vertrag entweder suspensiv oder resolutiv hinzugefügt worden ist. Die Worte: *quo res a domino abeat*, sollen also soviel heißen: daß die Sache dadurch denjenigen, welcher vorher davon Eigenthümer war, abgefordert werde. So erklären *Ant. FABER* *Rational in Pand. ad h. L.* und *Westphal* vom Kaufe §. 714. Die Erklärung des *Accursus* ist aber wohl die richtigste, da der Vertrag gewöhnlich als resolutiv beygefügt wird. Man sehe auch *Ios. FINESTRES* *Hermogenian. ad L. 38. D. ad Leg. Falcid. §. 8.* pag. 282. und *Hug. DONELLUS* *Commentar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 18.*

perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur, erit emtio conditionalis.

L. 2. §. 4. D. pro emtor. Si in diem addictio facta sit, id est, *nisi si quis meliorem conditionem attulerit*, perfectam esse emtionem, — JULIANUS putabat: alii, et hanc *sub conditione* esse contractam: ille non contrahi, sed *resolvi* dicebat: quae sententia vera est.

Unter einem bessern Käufer wird hier überhaupt derjenige verstanden, welcher dem Verkäufer vortheilhaftere Bedingungen anbietet. Ein solcher ist nun nicht nur derjenige, welcher ein höheres Gebot thut, sondern auch derjenige, welcher zwar ein gleiches Gebot thut, aber gleich baare Zahlung leisten will, oder wenn er auch ein noch geringeres Gebot, als der erste, thut, aber von dem Verkäufer keine Exiptionsleistung verlangt, oder wenigstens auf keiner Cautionleistung deshalb besteht, und überhaupt dem Verkäufer diejenigen beschwerlichen Bedingungen erlassen will, unter welchen der Kauf mit dem erstern Käufer geschlossen worden ist.

L. 4. §. 6. D. h. t. Melior autem conditio adferri videtur, si pretio sit additum. Sed et si nihil pretio addatur, solutio tamen offeratur facilius pretii, vel maturior; melior conditio adferri videtur. Praeterea si locus opportunior solvendo pretio dicitur, aequae melior conditio allata videtur; et ita POM-
PONIUS *lib. IX. ex Sabino* scribit. Idem ait et si persona idoneior accedat ad emtionem, aequae videri meliorem conditionem allatam. Proinde, si quis accedat eiusdem pretii emtor, sed qui levioribus emat conditionibus, vel qui satisfactionem nullam exigat, melior

conditio allata videbitur. Ergo idem erit probandum, etsi viliori pretio emere sit paratus, ea tamen remittat, quae venditori gravia erant in priore emtione.

L. 5. D. eodem. Quidquid enim ad utilitatem venditoris pertinet, pro meliore conditione haberi debet.

Keinesweges aber ist es als besseres Gebot anzusehen, wenn von dem neuen Käufer eine gleiche Summe geboten wird, und der Verkäufer nun, wenn er den neuen Käufer annähme, die Früchte gewinnen würde, welche der erste Käufer unterdessen gezogen hat. Denn dieser Vortheil kommt nicht von dem neuen Käufer her, sondern ist nur eine Wirkung des Vertrags, wenn sich wirklich ein besserer Käufer findet.

L. 14. §. 5. D. h. t. Non tamen ideo, si tantumdem pretium alius det, hoc ipso, quod fructus eum non sequantur, qui secuturi essent priorem emtorem, melior conditio videtur allata: quia non id agitur inter emtorem et venditorem.

Eben so wenig ist es für ein besseres Gebot zu halten, wenn der auf der einen Seite angebotene Vortheil auf der andern Seite wieder gehoben wird. Dahin gehört z. B. wenn der neue Käufer für den angebotenen höheren Preis von dem Verkäufer verlangt, daß er noch einige Sachen zulege, welche dem erstern Käufer nicht waren mit verkauft worden. Ein Anderes wäre, wenn diese Zugabe weniger werth wäre, als was der neue Käufer mehr an Gelde geben will. Dahin gehört ferner, wenn zwar der neue Käufer ein höheres Gebot thut, aber das Kaufgeld nicht gleich, sondern zu einer Zeit bezahlen will,

will, binnen welcher der Verkäufer durch die Zinsen des von dem ersten Käufer gleich baar bezahlten Kaufgeldes eben so viel oder wohl noch mehr gewinnen kann.

L. 15. §. 1. D. eodem. Si fundus in diem addictus fuerit pluris, ut quaedam ei accedant, quae non accesserint priori emtori, si non minoris sint hae res, quam quo pluris postea fundus venierit, prior venditio valet; quasi melior conditio allata non sit, *si minoris sint* 4). Idemque aestimandum est, si dies longior pretii solvendi data fuerit, ut quaeratur, quantum ex usura eius temporis capi potuerit.

§. 1002.

Wirkungen des pacti addictionis in diem. Wenn ist dieser Vertrag von Wirkung?

Die Wirkungen dieses Vertrags bestehen darin 5):

A) Ist der Vertrag suspensiv beygefügt worden, so ist, so lange die Zeit, binnen welcher sich kein besserer Käufer melden muß, noch nicht verstrichen ist, der Kauf so gut, als nicht geschlossen. Es geht daher auch

4) Unser Erlanger Codex liest hier: *si minoris non sit res*. *Ha. Loander* hat: *si minoris: non*. Fast alle Ausleger kommen jedoch darin überein, daß man: *si non minoris sint*, lesen müsse. *C. Ant. FABER* Rational. in Pand. ad h. L. *POTHEK* Pand. Justin. h. t. Nr. VIII. not. d. und *Westphal* §. 72a.

5) *Chr. Henr. BREUNING* Disp. de obligatione emtionis venditionis, cui adiectum pactum addictionis in diem sub conditione suspensiva, si melior conditio non offeratur. *Lipsiae 1779* und *S. I. G. BEHRENS* Commentat. de periculo et commodo rei sub lege addictionis in diem venditae. *Kiliae 1793*. 8.

auch das Eigenthum nicht auf den Käufer über, wenn ihm auch schon die Sache übergeben worden ist. Er wird nicht einmal in die Lage zu usucapiren versetzt. Er kann sich daher auch keine Früchte zueignen. Dagegen trägt er auch die Gefahr der Sache nicht.

L. 4. pr. D. h. t. Ubi autem conditionalis venditio est, negat POMPONIVS usucapere eum posse, nec fructus ad eum pertinere,

Tritt hingegen 2) die Bedingung ein, das heißt, es hat sich binnen der bestimmten Zeit kein besserer Käufer gefunden⁶⁾; so wird nun erst der Kauf, jedoch rückwärts, gültig, als ob er gleich anfangs unbedingt geschlossen worden wäre. Wäre daher auch der Käufer oder der Verkäufer unterdessen gestorben, so sind dennoch die Erben den Contract zu halten verbunden. Auch die unterdessen gezogenen Früchte behält der Käufer wegen der zurückwirkenden Kraft der eingetretenen Bedingung, und darf

6) Hierher gehört auch der Fall, wenn der Verkäufer vor Ablauf der zum bessern Gebot gesetzten Zeit starb, und nun nach seinem Tode sich zwar ein besserer Käufer fand, aber entweder gar kein Erbe da war, der das bessere Gebot annehmen konnte, oder der Erbe sich noch nicht über die Annahme der Erbschaft erklärt hatte; sondern die Erbschaft erst nach Ablauf der bestimmten Zeit antrat. Hier ist der erste Kauf gültig.

L. 15. pr. D. h. t. Si praedio in diem addicto, ante diem venditor mortuus sit, sive post diem heres ei existat, sive omnino non existat; priori praedium emptum est, quia melior conditio allata, quae domino placeat, intelligi non potest, cum is, qui vendat, non existat. We st p h a l vom Kauf §. 726. tadelt diese Entscheidung ganz ohne Grund.

darf sie nicht herausgeben 7). Von dem Augenblick an, wo die Bedingung existirte, kann nun auch eine Verjährung Statt finden 8), und die Gefahr der Sache geht jetzt auf den Käufer über. Jedoch ist dieses nur von dem periculo interitus zu verstehen. Denn wäre die Sache, während die Bedingung noch pendens war, blos zufällig deteriorirt worden, so trägt der Käufer den Schaden, wenn nachher die Bedingung zur Wirklichkeit kommt 9).

L. 8. pr. D. de peric. et commodo rei vend. Perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet. — Quodsi, pendente conditione, emtor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi iam contracta emtione in praeteritum. Quodsi pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore, — et fructus medii temporis, venditoris sunt. — Sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emtoris.

L. 6.

7) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23. Anderer Meinung ist zwar de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 12. Allein man sehe Inc. CUJACIUS ad Paulum L. 8. pr. D. de peric. et comm. rei vend. (*Operum* Tom. V. pag. 514.)

8) *L. 2. §. 2. D. pro emtore. L. 7. §. 4. Cod. de praescript. 30. vel 40. annor.* Dabelow über die Verjährung I. Th. §. 70. S. 330. und Nupprecht Lehre von der Verjährung. §. 98. Man sehe auch BRÜSSEL de conditionibus Lib. II. Tit. 3. nr. 4. Jedoch behauptet Westphal vom Kaufe §. 718. wenn sich kein besserer Käufer melde, so verjähre der Käufer auch für die Zwischenzeit.

9) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22. und BEHRENS Diff. cit. §. 28. et 29.

L. 6. pr. D. h. t. Quod dictum est, fructus interea captos emptorem priorem sequi, totiens verum est, quotiens nullus emptor existit, qui meliorem conditionem adferat, vel falsus existit.

Findet sich aber 3) ein besserer Käufer, und der erste Käufer will die besseren Bedingungen nicht erfüllen; so bleibt der Kauf ungültig, und der Käufer muß alle Früchte zurückgeben, weil er sie nur eventualiter gezogen hat ⁷⁰). Dagegen müssen aber auch demselben alle nothwendigen Kosten erstattet werden, welche er auf die Sache verwendet hat; so weit sie nicht etwa auf die Früchte abgerechnet werden können.

L. 6. pr. D. h. t. Sin vero existit emptor posterior, fructus refundere priorem debere constat, sed venditori.

L. 16. D. eodem. Imperator SEVERUS rescripsit: *Sicut fructus in diem addictae domus, cum melior conditio fuerit allata, venditori restitui necesse est, ita rursus quae prior emptor medio tempore necessario probauerit erogata, de reditu retineri, vel, si non sufficiat, solvi aequum est.*

Eben dieß gilt auch 4) in dem Falle, wenn der erste Käufer die besseren Bedingungen des neuen Käufers selbst erfüllen will, es wäre denn ein Anderes ausdrücklich verabredet worden.

L. 6. §. 1. D. h. t. Si quis extiterit, qui meliorem conditionem adferat, deinde prior emptor adversus

fus eum licitatus sit, ut penes eum emptorem ¹¹⁾ manserit: dubitari poterit, utrum fructus ipse habeat, quasi nulla meliore conditione allata; *an vero venditoris sint*, licet eadem sit persona, quae meliorem conditionem attulit? *Quod ratio facere videtur* ¹²⁾: intererit tamen, *quid acti sit*: et ita POMPONIUS scribit.

B. Ganz Anders verhält sich die Sache, wenn der Vertrag resolutiv ist beigefügt worden. Hier ist der Kauf gleich vollkommen gültig. Der Käufer wird daher durch die Uebergabe Eigenthümer, und kann die Sache verpfänden, auch sich gegen jeden, der sich die Sache anmaßen will, der Reivindication bedienen. War der Verkäufer selbst nicht Eigenthümer; so kann er die Sache wenigstens usucapiren. Auch die Früchte, so wie die Accessionen, z. B. den gefundenen Schatz, kann er sich zu eignen, und trägt nicht minder die Gefahr, auch wenn die Sache ganz zu Grunde geht. Denn nun ist es gewiß, daß sich kein besserer Käufer finden wird. Wäre jedoch von zwey für einen Preis zugleich verkauften Sachen nur die eine zu Grunde gegangen; und es fände sich zu der andern noch übrigen Sache ein neuer Käufer, welcher für diese allein eben so viel, oder wohl gar noch mehr geben

11) Die Florentinische Ausgabe liest *emptore manserit*. Jedoch macht schon LAURELIUS durch das große M auf die in den florentinischen Pandecten gar nicht ungewöhnliche Semination aufmerksam. *Guil. BEST Ratio emendandi leges* Cap. XVII. §. 11. will jedoch lieber *penes eum emptio remanserit* lesen. Unser Erlanger Codex hat: *et penes eum emptorem res remanserit*.

12) *Venditio enim nulla est, si conditio defecerit. L. 37. in fin. D. de contrah. emt. vend.*

geben wollte, als der erste Käufer für beyde bezahlt hat; so kann das neue Gebot ohne Bedenken angenommen werden. Ein Anders wäre, wenn von der verlohren gegangenen Sache nur noch Früchte vorhanden wären, z. B. das verkaufte Mutterpferd ist gefallen, hat aber ein Füllen hinterlassen; hier kann kein besseres Gebot mehr angenommen werden, wenn sich auch ein Käufer zu diesem Füllen finden sollte, welcher mehr dafür geben wollte, als das Mutterpferd selbst gekostet hat; weil für keine andere Sache, als welche verkauft worden ist, das bessere Gebot geschehen kann.

Findet sich kein besserer Käufer, so bleibt der Contract unwiderrufflich gültig, und der Käufer lucrirt Früchte und Accessionen. In dem entgegengesetzten Falle aber wird der erste Kauf resolvirt. Es erlischt daher auch das darauf gegebene Pfandrecht, und die Früchte müssen zurückgegeben werden, ja diese sogar auch dann, wenn gleich der erste Käufer sich erklärt hat, die angebotenen besseren Bedingungen des neuen Käufers selbst zu erfüllen. Denn es wird hier ein neuer Handel geschlossen¹³⁾. Jedoch kann der erste Käufer die auf die Sache nothwendig verwandten Unkosten, so wie die Zinsen des Kaufgeldes, in Abrechnung bringen¹⁴⁾.

L. 2.

13) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 7. 8. et 9. BEHRENS cit. Diff. §. 17 — 27. Westphal vom Kaufe §. 717 — 719.

14) VOET h. t. §. 5. BRUNNEMANN Comm. ad L. 6. D. h. t. nr. 3. et 4. und Ge. Lud. BOEHMER Diff. sistens theoriam general. de acquisitione fructuum. Gostingae 1783. §. 16. in fin.

L. 2. §. 1. D. h. t. Ubi — pura venditio est, JULIANUS scribit, hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse, et fructus et accessiones lucrari¹⁵⁾, et periculum ad eum pertinere, si res interierit.

L. 3. D. eodem. Quoniam post interitum rei iam nec adferri possit melior conditio.

L. 2. §. 4. D. pro emtore. Si in diem addictio facta sit, id est, nisi si quis meliorem conditionem attulerit, perfectam esse emtionem, et fructus emtoris effici, et usucapionem procedere, JULIANUS putabat; — quae sententia vera est.

L. 4. §. 1. D. h. t. Idem JULIANUS libro XV. quaerit: Si res in diem addicta interciderit, vel ancilla decesserit, an partus vel fructus eius nomine adjectio admitti possit? Et negat admittendam adjectionem: quia alterius rei, quam eius, quae distracta est, non solet adjectio admitti,

L. 4. §. 2. eod. Idem JULIANUS eodem libro scribit: si ex duobus servis, viginti venditis et in diem addictis alter decesserit, deinde unius nomine, qui superest, emtor extiterit, qui supra viginti promitteret,

15) Dieß ist jedoch nur von dem Falle zu verstehen, wenn sich kein besserer Käufer findet, denn das Wort lucrari wird von einer unwiderrufflichen Erwerbung gebraucht. Solang also noch ungewiß ist, ob sich kein besserer Käufer finden wird, erwirbt der Käufer an den Früchten nur ein widerruffliches Eigenthum. S. Ant. FABER Rational. in Pand. ad h. L. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 11. und Ge. Lud. BOEHMER Diss. cit. de acquisitione fructuum. §. 17.

teret, an discedatur a priore contractu? Et ait, dissimilem esse hanc speciem partus specie, et ideo hic discedi a priore emtione et ad secundam perveniri.

L. 4. §. 3. eodem. Sed et MARCELLUS libro 5. Digestorum scribit: pure vendito, et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset: alioquin nec pignus teneret.

L. 4. §. 4. eodem. Idem JULIANUS libro octogesimo octavo Digestorum scripsit, eum, qui emit fundum in diem, Interdicto quod vi aut clam uti posse: nam hoc Interdictum ei competit, cuius interest, opus non esse factum. *Fundo autem, inquit, in diem addicto, et commodum et incommodum omne ad emtorem pertinet, antequam venditio transferatur:* et ideo, si quid tunc vi aut clam factum est, quamvis melior conditio allata fuerit, ipse *utile interdictum* ¹⁶⁾ habebit; sed eam actionem, sicut fructus, inquit, quos percepit, venditi iudicio praestaturum.

L. 41. D. de rei vindicat. Si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio fit facta, uti *in rem actione* potest: postea non poterit.

16) Das Interdictum quod vi aut clam directum steht vor der Uebergabe dem Verkäufer zu. Man vergleiche hier die *L. 11. §. 10 — 12 D. Quid vi aut clam.* und *Petr. DUISSEMA Conjectural. iuris civ. Lib. I. cap. 2.* Jedoch behauptet *Ant. FABER Rational. in Pand. ad h. L. interdictum utile* werde hier nicht dem directo entgegengesetzt, sondern heiße soviel als *efficax.*

L. 6. pr. D. h. t. Item quod dictum est, *fructus interea captos emtorem priorem sequi*, totiens verum est, quotiens nullus emtor existit, qui meliorem conditionem afferat, vel falsus existit: sin vero existit emtor posterior, fructus refundere priorem debere constat, sed venditori ¹⁷⁾: et ita JULIANUS libro XLVIII. Digestorum scripsit.

Eoll jedoch das pactum addictionis in diem von Wirkung seyn, so wird dazu erfordert,

1) daß sich wirklich ein besserer Käufer finde. Dieser muß eigentlich ein Dritter, und nicht der Verkäufer selbst seyn. Eine Ausnahme findet jedoch in dem Falle Statt, wenn mehrere die Sache als Miteigenthümer verkauft haben. Hier kann auch einer der Mitverkäufer bessere Bedingungen anbieten. Denn er war nur Mitverkäufer zu seinem Antheile. Hier bietet er aber nicht bloß auf diesen Antheil, sondern auf das Ganze.

L. 13. §. 1. D. h. t. Verum est autem, vel unum ex venditoribus posse meliorem adferre conditionem: emere enim cum tota re etiam nostram partem possumus.

Haben mehrere die Sache zusammengekauft, so kann auch einer von denselben ein besseres Gebot thun, um die
Sache

17) Der neue Käufer kann diese Früchte nicht verlangen, welche der erstere Käufer in der Zwischenzeit gezogen hat. Der neue Käufer erhält bloß die Sache, und weiter nichts. *L. 14. §. 4. D. h. t.* Emtorem, qui meliorem conditionem attulerit, praeter corpus nihil sequitur, quod venierit. Die von dem ersten Käufer gezogenen Früchte müssen also dem Verkäufer restituirt werden. S. POTHIER Pand. Justinian. h. t. Nr. XVI. not. i.

Sache allein zu bekommen. Denn er ist in Ansehung des Antheils seines Mitkäufers als ein Dritter anzusehen. Aber auch in Ansehung seines eigenen Antheils findet das bessere Gebot Statt, weil es sich vom Ganzen nicht wohl trennen läßt. Der Kauf wird also dadurch auch in Ansehung seines Antheils resolvirt,

L. 18. D. h. t. Cum in diem duobus sociis fundus sit addictus, uno ex his pretium adjiciente, etiam pro ipsius parte a priore venditione discedi rectius existimatur.

Merkwürdig ist es, daß sogar ein Pupill auch ohne Auctorität seines Vormundes ein besseres Gebot mit der Wirkung thun kann, daß wenn ihn der Verkäufer annimmt, der erste Kauf dadurch aufgehoben wird.

L. 14. §. 3. D. h. t. Sed et si pupillus sine tutoris auctoritate pluris emerit, consentiente venditore, abbitur a priore emtione.

2) Daß der Verkäufer den bessern Käufer auch annehme. Denn da der Vertrag blos zu seinem Vortheil beygefügt ist, so hängt es auch von seiner Willkühr ab, ob er das bessere Gebot annehmen will, oder nicht. Ein Anders ist, a) wenn der Vertrag zu Gunsten des Käufers dergestalt geschlossen worden wäre, daß es diesem erlaubt seyn sollte, von dem Kaufe abzugehen, sobald sich ein neuer Käufer finden sollte. Hier kann der erste Käufer abgehen, wenn gleich der Verkäufer den neuen bessern Käufer nicht annehmen will. Jedoch muß dieses deutlich bestimmt, und ausdrücklich verabredet seyn, daß der erste Handel aufgehoben seyn solle, sobald sich ein neuer Käufer finden

finden wird, der Verkäufer möge ihn annehmen, oder nicht, weil sonst die Rechtsvermutung entgegen steht.

L. 9. D. h. t. SABINUS scribit, *licere venditori meliorem conditionem oblatam abicere, sequique primam quasi meliorem.* Et ita utimur. Quid tamen, si hoc erat nominatim actum, *ut liceret reflire emtori meliore conditione allata?* Dicendum erit, dissolutam priorem emtionem, etiamsi venditor sequentem non admittat.

b), Wenn der Gläubiger ein Pfand sub lege additionis in diem verkauft hat. Hier muß er den bessern Käufer annehmen, weil er sonst contra bonam fidem den Rechten des Schuldners etwas vergeben würde, dessen Stelle er bey dem Verkaufe des Pfandes vertritt.

L. 10. D. eodem. Sed si proponatur, a creditore pignus *in diem* addictum, non potest videri bona fide negotium agi, *nisi adjectio recipiatur.* Quid ergo est, si inops emtor, et impediendae tantummodo venditionis causa intervenit? Potest creditor sine periculo priori emtori addicere.

Haben mehrere zusammen eine Sache unter der addictio in diem verkauft, so ist entweder das Ganze für einen Preis verkauft worden; hier müssen sie alle den bessern Käufer annehmen; wenn daher auch nur einer dagegen ist, so bleibt der erste Handel gültig; oder sie haben ihre Antheile für verschiedene Preise verkauft; dann kann auch ein neues Gebot auf den einen Theil von dem einen Mitverkäufer angenommen werden, ohne daß es auf die Zustimmung des andern Mitverkäufers ankommt. Der erste Käufer giebt also von einem Theil heraus, und behält den andern. Denn hier macht jeder

jeder Kauf über jeden einzelnen Theil einen besondern Handel aus, und eines Jeden Antheil ist als ein besonderes Ganze anzusehen. Ist hingegen das verkaufte Ganze untheilbar, so kann einer der Mitverkäufer auf seinen Antheil eben so wenig ein neues Gebot annehmen, als wenn mir Jemand ein gewisses Ganze sub lege addictionis verkauft, und sich nachher blos zu einem Theile davon ein neuer Käufer meldet. Hier bleibt es bey dem ersten Kaufe. Zuweilen hat aber auch in dem Falle, da mir mehrere Theile eines gewissen Ganzen von Verschiedenen zu verschiedenen Preisen verkauft worden sind, keine Annahme eines neuen Gebots auf einzelne Theile statt, nämlich wenn ich mir ausdrücklich ausbedungen habe, daß ich das Ganze anders nicht als ein untheilbares Ganze gekauft haben wolle, und wenn ich dasselbe nicht, als ein solches, behalten könne, der ganze Kauf nicht gelten solle.

L. 11. §. 1. D. h. t. Item quod SABINUS ait: Si tribus vendentibus, duo posteriori addixerint, unus non admiserit adiectionem, huius partem priori, duorum posteriori emtam, ita demum verum est, si variis pretiis partes suas distraxerunt.

L. 12. D. eodem. Etsi dispares partes vendentium fuerint.

L. 13. D. eodem. Quodsi uno pretio vendiderint, dicendum est, totam priori emtam manere: quemadmodum si quis mihi totum fundum ad diem addixisset, postea vero pretio adiecto, dimidiam alii addixerit. CELSUS quoque libro VIII. Digestorum refert, MUCIUM, BRUTUM, LABEONEM, quod SABINUM, existimare. Ipse quoque CELSUS idem probat: et adjicit,
mira-

mirari se, a nemine animadvertsum ¹⁸⁾); quod si prior emptor ita contraxit, *ut nisi totum fundum emptum mollet habere*, non habere etiam eam partem emptam, quam unus ex sociis posteriori emptori addicere noluit.

§. 1603.

Wie lange kann ein besserer Käufer angenommen werden? Denn ersten Käufer steht der Vorkauf zu. Wegen eines vermuteten Betrugs findet die Edesdelation Statt:

Ist bey der addictio in diem eine Zeit festgesetzt, so kann, so lange diese noch nicht verstrichen ist, noch immer ein besserer Käufer angenommen werden. Nimm also auch der Verkäufer den erstern sich meldenden bessern Käufer nicht an; so ist dadurch der Kauf des ersten Käufers noch keinesweges bestätigt worden. Denn der Verkäufer kann noch immer einen bessern Käufer abwarten, und, wenn dieser sich noch vor dem Ablaufe der verabredeten Zeit meldet, sein Gebot noch annehmen. Wie aber, wenn der Verkäufer den neuen Käufer auch nur unter einer addictio in diem angenommen hätte; ist dadurch der Handel mit dem ersten Käufer aufgehoben, oder nicht vielmehr bestätigt? Die Römischen Rechtsgelehrten waren deshalb verschiedener Meinung. Sabinus behauptete das letztere. Denn nach seiner Meinung soll eine zweyte Addiction nicht mehr Statt finden, weil man das kein besser

18) Ganz richtig erklärt Accursius diese Stelle von dem Falle, von welchem L. 11. §. ult. D. h. t. die Rede war. Ihm stimmen auch Ant. FABER Rational. in L. 13. h. t. POTHIER Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. XIII. not. c. und Westphal vom Kaufe §. 738. bey.

besseres Gebot nennen könne, bey welchem der zweyte Käufer nicht gesichert ist, sondern noch ein neues erwartet wird. Allein Julian lehrte in seinen Digesten, es komme hier vorzüglich auf die Uebereinkunft der Contrahenten an. Denn kein Gesetz steht einer öftern Addiction entgegen. Hat sich also der Verkäufer ausdrücklich vorbehalten, dem neuen Käufer auch nur unter einer *addictio in diem* anzunehmen, so wird der Kauf des ersten Käufers, wenn sich ein neuer Käufer findet, aufgehoben. Denn meldet sich auch kein dritter höher Bietender, so bleibt nun die Sache dennoch dem zweyten Käufer, und findet sich ein dritter Käufer, so erhält sie dieser. Auf keinen Fall aber bleibe sie dann dem ersten Käufer, wosfern er nicht das Nämliche leisten will.

L. II. pr. D. de in diem add. Quod autem SABINUS scribit, fundum in diem addici non posse rursus, qui semel fuerit in diem addictus, ratione eiusmodi defendit: quia prioris, inquit, emtoris statim fit: scilicet quasi non videatur melior conditio allata, si non secure secundo emtori fundus addicitur, sed alia licitatio prospicitur. Sed JULIANUS libro XV. Digestorum scripsit, interesse multum, quid inter contrahentes actum sit: non impedire quicquam, vel hoc agi, ut saepius fundus collocetur: dum vel prima vel secunda vel tertia adjectione res a venditore discedat.

Es läßt sich also nicht mit Westphal ¹⁹⁾ behaupten, daß hier die Meinung des Sabinus, als ganz ungegründet

19) Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe §. 735. Diese Meinung hatte auch schon Franc. CONNANUS Commentarior. iuris civ. Tom. II. Lib. 7. c. 9. pag. 508.

gründet, wäre verworffen worden. Mein sie bleibe die Regel, nach welcher, wenn der erste sub addicione in diem geschlossene Kauf zurückgehen soll, der neue Käufer unbedingt angenommen werden müsse. Denn wird er auch nur mit Vorbehalt eines noch bessern Gebots angenommen, so wird dadurch der erste Kauf aus dem Grunde bestätigt, weil der Verkäufer durch die Annahme des neuen Käufers unter einer addictio in diem zu erkennen giebt, daß er auch mit dessen Gebot noch nicht zufrieden sey. Nur dann findet nach Julians Meinung eine Ausnahme Statt, wenn es ausdrücklich ist ausgemacht worden, daß der neue Käufer unter einer addictio in diem mit der Wirkung solle angenommen werden können, daß der erste Kauf dadurch aufgehoben wird ²⁰⁾. Dann kann auch die Abdiccion öfters geschehen, ohne gerade, wie Anton Faber ²¹⁾ meint, auf dreymale beschränkt zu seyn ²²⁾.

Ist keine Zeit bey der addictio in diem bestimmt, wovon L. 41. D. de rei vindic. ein Beyspiel giebt; so kann der Verkäufer binnen dreyßig Jahren noch immer einen bessern Käufer annehmen. Denn der Verkäufer macht sein Recht mit der actio venditi geltend, welche

R 2

erst

20) Hug. DONELLUS Commentar. juris civ. Lib. XVI. cap. 18. §. Sexta conditio. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

21) Rational. in Pand. ad L. 11. h. t.

22) Hiermit stimmt auch die Glosse ad h. L. überein, welche ad v. *Prospiciatur* bemerkt: *Hoc dixit SABINUS; sed JULIANUS corrigit, quando hoc esset actum, quod potest secundo, tertio, et QUANDOCUNQUE agi.*

erst in dreißig Jahren präscribirt²³⁾. Jedoch kann die Verjährung der Klage nicht eher ihren Anfang nehmen, als von dem Augenblick an, da dem Verkäufer ein besseres Gebot geschwehen ist, und er auch dasselbe angenommen hat²⁴⁾. Zu dem Ende ist es nöthig, daß der Verkäufer dem ersten Käufer von dem neuen Gebote Nachricht gebe. Denn der Verkäufer ist nur dann berechtigt, den ersten Kauf aufzuheben, wenn der erste Käufer die bessern Bedingungen des neuen Käufers nicht erfüllen will. Nimmt also der Verkäufer das neue Gebot an, so kann der erste Käufer ein gleiches Gebot thun, und sich dadurch die Sache erhalten. Denn ihm gebührt der Vorzug vor jedem neuen Käufer.

L. 7. D. h. t. Licet autem venditori, meliore allata conditione, addicere posteriori; nisi prior paratus sit plus addicere.

L. 8. D. eodem. Necessse autem habebit venditor, meliore conditione allata, priorem emptorem certiorum facere, ut, si quid alius adjecit, ipse quoque addicere possit.

Daß der erste Käufer den zweyten überbieten müsse, wenn er die Sache behalten wolle, wie Ulrich Zuber²⁵⁾,

Un-

23) STRYK *Uf. mod. Pand. h. t. §. 8.* BOEHMER *Introduct. in ius Dig. h. t. §. 4.* SCHAUMBURG *Compend. iuris Dig. h. t. §. 3.* HOMMEL *ad Mencken doctr. de action. for. not. 634. pag. 221.* und HOFACKER *Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 1966.*

24) *Lud. God. MADIHN ad Mencken doctr. de actionib. for. not. 643. pag. 324.* und Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 43. S. 125.

25) *Praelect. iuris civ. h. t. §. 3.*

Anton Faber ²⁶⁾ und Joseph Finestres ²⁷⁾ behaupten wollen, läßt sich aus den angeführten Gesetzstellen nicht erweisen. Das *plus adicere* beziehet sich offenbar nur auf das bessere Gebot des zweyten Käufers, und daß der erste Käufer nicht mehr, als der zweyte, leisten dürfe, erhellet aus der L. 8. h. t. deutlich. Es ist auch weder als eine besondere Begünstigung der Minderjährigen, noch als eine Folge der denselben zustehenden Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand anzusehen, wenn Hermogenian in der L. 35. D. de minorib. sagt, der Minderjährige, welcher eine Sache sub pacto addictionis in diem gekauft, aber sich von einem bessern Käufer hätte vertreiben lassen, brauche nur, wenn er sein Restitutionsgesuch durch den Beweis, daß er ein besonderes Interesse habe, die Sache wieder zu erhalten, unterstützen könne, das id, quod ex licitatione accessit, dem Verkäufer anzubieten. Daß ein gleiches Gebot hinreiche, um den neuen Käufer abzutreiben, erhellet endlich noch aus L. ult. D. de iure fisci. Diese Meinung, in welche überdem die meisten Rechtsgelehrten ²⁸⁾ einstimmen, verdient auch

26) De Errorib. Pragmaticor. Decad. XXIII. Err. 3.

27) In Hermogeniani iuris Epitomar. libros, Tom. I. ad L. 35. D. de minorib. §. 5. pag. 248. sq.

28) Franc. CONNANUS Commentar. iur. civ. Tom. II. Lib. VII. e. 9. fol. 510. in fin. sq. Io. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. Ant. SCHULTING Notae ad Dig. edit. a SCHMALLENBURG ad L. 35. D. de minorib. Tom. I. pag. 550. Idem Thes. controv. Decad. LXIV: Th. 10. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. Io. ORTIV. WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 9. POTHIER Pand. Justin. T. I. h. t. Nr. XV. not. h. SAM. de COCCERJ iur. civ. controv. h. t. Qu. 10.

auch schon, darum den Vorzug, weil sie ganz der Natur dieses Vertrags gemäß ist. Denn bloß um des bessern Gebots willen, kann der Verkäufer von dem ersten Kaufe abgehen, dieser Grund fällt aber weg, wenn der erste Käufer eben das leisten will, was ein Anderer nach ihm bietet. Fürchtet derselbe, daß wegen der angeblich angebotenen bessern Bedingungen ein Betrug Statt finde, so kann er sich der Eidesdelation bedienen, um hinter die Wahrheit zu kommen²⁹⁾. Hatte nun der Verkäufer wirklich Jemanden aufgestellt, der ein besseres Gebot zum Schein thun mußte, um die Sache durch diese Arglist wieder an sich zu bringen, oder um den erstern Käufer zu einer Nachzahlung zu bestimmen; so bleibt der erste Kauf gültig, weil man den untergeschobenen Käufer für keinen bessern Käufer halten kann³⁰⁾. Sollte jedoch der zweite Käufer an der Gefährde des Verkäufers keinen Antheil genommen, sondern im Ernst ein Gebot gethan haben, was aber der Verkäufer fälschlich für besser ausgab, so haftet er nun wegen dieses Betrugs beyden Käufern in solidum.

*L. 14. pr. D. h. t. Si venditor simulaverit meliorem allatam conditionem, cum minoris vel etiam tantidem alii venderet: utrique emptori in solidum erit obligatus*³¹⁾

Der

HOFACKER *Prin. iur. civ. T. III. §. 1966. C. und Westphal vom Kaufe §. 736.*

29) SCHAUMBURG *Comp. iuris Dig. h. t. §. 3.*

30) *L. 4. §. 5. D. h. t.*

31) Westphal *vom Kauf. §. 727. u. 728.*

Der erste Kauf wird also nicht aufgehoben, und doch gilt hier auch der zweyte, daher muß der Verkäufer dem zweyten Käufer, dem er den Kauf nicht halten kann, das Interesse leisten³²⁾. Wäre hingegen der neue Käufer wissentlich von dem Verkäufer aufgestellt worden, um durch ein zum Schein gethanes besseres Gebot die Sache an sich zu kaufen, und sie dann dem Verkäufer wieder abzutreten; so glaubt Cocceji³³⁾, der erste Kauf werde hierdurch aufgehoben, und der erste Käufer könne nur gegen den Verkäufer auf das Interesse klagen. Allein auch hier kann der Betrug des Verkäufers den ersten Kauf eben so wenig, als in jenem Falle, vernichten, da der neue Käufer in bona fide ist. Denn ein betrügerlicher Vertrag ist von keiner Wirkung³⁴⁾. Ein Anders wäre, wenn der erste Käufer den Verkäufer wissentlich verleitet hätte, einen neuen Käufer, der nachher nicht zahlen kann, statt seiner anzunehmen, um nur von dem Handel wieder loszukommen. Hier ist zwar der zweyte Kauf nicht ungültig, und folglich der erste aufgehoben. Allein der Verkäufer kann gegen den ersten Käufer *actione venditi* auf das Interesse klagen. Mit dieser Klage müssen auch die Früchte restituirt, und der von dem ersten Käufer an der Sache verursachte Schaden ersetzt werden.

L. 14.

32) CONNANUS *Commentar. iur. civ. Lib. VII. c. 9. fol. 510. b. Ant.* FABER *Rational. in Pand. ad L. 14. pr. D. h. t. und de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9.*

33) *Cit. loc. Qu. 9.*

34) *L. 7. §. 9. D. de pact. L. 49. pr. D. de act. emti et vend. EMMINGHAUS ad Coccejum c. 1. Qu. 9. not. a. p. 392. T. II.*

L. 14. §. 1. D. h. t. Sed si emptor alium non idoneum subiecit, eique fundus addictus est: non video, inquit, quemadmodum priori sit emptus, cum alia venditio et vera postea subsequuta sit. Sed verum est venditorem deceptum ex vendito actionem habere cum priore emptore, quanti sua intersit, id non esse factum, per quam actionem et fructus, quos prior emptor percepit, et quo deterior res culpa vel dolo malo eius facta sit, recipiet venditor, et ita LABEONI et NERVAE placere,

§. 1004.

Klagen des Verkäufers wegen der Abjection.

Ist der erste Kauf durch Annahmung des neuen Käufers aufgehoben worden, so muß der erste Käufer die Sache mit allen in der Zwischenzeit gezogenen Früchten, und frey von aller Beschwerung zurückgeben ³⁵⁾. Die Klage, welche dem Verkäufer deswegen zusteht, ist die *actio venditi* ³⁶⁾ welche auch dann wenigstens der Früchte wegen begründet ist, wenn gleich der erste Käufer bereit ist, die angebotenen bessern Bedingungen des neuen Käufers zu erfüllen, und er also die Sache behält. Denn da der erste Kauf auf alle Fälle zurückgeht, so behält er die Sache jetzt nach einem neuen Handel. Er kann also die gezogenen Früchte nicht behalten ³⁷⁾. Dagegen müssen aber auch

35) *L. 6. pr. D. h. t. L. 4. §. 3. D. eodem. Westphal §. 743. et 744.*

36) *S. Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 904. ff.*

37) *L. 6. §. 1. D. t. Westphal §. 747. HOFAKER Princip. iuris civ. T. III. §. 1966.*

auch dem Käufer alle auf die Sache verwandten nöthigen Kosten, so wie die Zinsen des schon bezahlten Kaufgeldes vergütet werden, und es steht ihm deshalb, so weit er sie nicht von den Früchten abzuziehen vermag, die *actio empti* zu ³⁸⁾. Gegen den neuen Käufer hat er jedoch deshalb keine Klage, wenn er sich nicht von dem Verkäufer die Klage gegen denselben cediren läßt ³⁹⁾. Ist die Sache unterdessen an einen Dritten veräußert worden, so kommt es darauf an, ob der Vertrag *suspensiv* oder *resolutiv* ist beigefügt worden. In dem ersten Falle kann sie schlechthin vindicirt werden. Denn der Verkäufer ist hier Eigenthümer geblieben. In dem letztern Falle hingegen ist es streitig, in wiefern die *Revindication* Statt finde. Die meisten ⁴⁰⁾ unterscheiden, ob bey dem *Resolutiv* Vertrage *verba directa*, oder *verba obliqua* sind gebraucht worden. Nur in dem ersten Falle stehe dem Verkäufer die *Revindication* zu; in dem letztern hingegen könne er sich nur der *actio ex contractu* bedienen. Man versteht aber unter *verba directa* solche Worte, welche anzeigen, daß der Contract *ipso iure* aufgehoben seyn solle, ohne Dazwischenkunft einer neuen Handlung. Z. B. wenn der Vertrag so gefaßt ist, daß der Kauf sofort gänzlich aufgehoben seyn, und für nicht geschlossen geachtet werden solle,

wenn

38) Arg. L. 29. §. 2. D. de aedilit. edicto, L. 13. §. 20. D. de act. empti et vend. L. 16. D. h. t. VOLT h. t. §. 5.

39) L. 20. D. h. t. Westphal §. 746.

40) VOLT Comm. ad Pand. h. t. §. 5. HUBER Praelect. iuris civ. h. t. §. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13. et 14. STRYK Us. mod. Pand. Lib. XVIII. Tit. 1. §. 32. sq.

wenn sich ein besserer Käufer finden würde. Wenn hingegen der Vertrag mit solchen Worten abgefaßt ist, welche anzeigen, daß eine neue Handlung unter den Contrahenten erforderlich sey, wenn der erste Kauf aufgehoben werden solle, so nennt man diese Worte *verba obliqua*. Z. B. der Käufer solle schuldig seyn, das Gut dem Verkäufer wieder abzutreten, oder der Verkäufer behalte sich vor, von dem Contract wieder abzugehen, wenn sich ein besserer Käufer melden sollte. Allein dagegen haben schon andere ⁴¹⁾ erinnert, daß es bey den *bonae fidei Contracten* nicht auf die Förmlichkeit der Worte ankomme, und daß selbst in dem Falle, da *verba directa* gebraucht worden, in den Gesetzen ⁴²⁾ nur *actio venditi* gestattet werde. Man müsse daher nach der Regel des Pomponius *L. 6. §. 1. D. de contr. emt. in emtis et venditis potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum est*, mehr auf die Absicht der Contrahenten, als auf die Worte sehen. Die *Resindicatio* finde daher nur dann Statt, wenn die *Resolutio*-Bedingung so hinzugefügt worden, daß ihre Existenz das Geschäft rückwärts vernichten solle ⁴³⁾. Noch andere ⁴⁴⁾ behaupten, schon die Natur einer *Resolutive*.

41) *S. Iust. Henn. BOEHMER* Diff. de verbis directis et obliquis. §. 30. sqq.

42) *L. 6. §. 1. D. de contrah. emt. L. 4. D. de lege comm. L. 3. C. de pact. inter emtor. et vend. comp.*

43) *BOEHMER* Diff. de acquisitione fructuum. §. 16. *EMMINGHAUS* ad *Cocceji* ius civ. contr. h. t. Qu. 5. et 7. not. v. w. x. et y. *Schibaut* System des Pandect. R. 2. B. §. 958. *GÜNTHER* Princip. iuris Rom. noviss. Tom. II. §. 1067. nr. 1. *Schmidt* Lehrbuch von Klagen §. 905.

44) *Sam. de COCCEJI* iur. civ. contr. h. t. Qu. 5. *Didac*

lutiv-Bebingung bringe es mit sich, daß durch die Existenz derselben das Eigenthum, welches unter einer solchen Bebingung dem Käufer war übertragen worden, an den Verkäufer ipso iure zurückfalle, und daher demselben das vindicationsrecht schlecht hin zustehet, der Vertrag möge gefaßt seyn, wie er wolle. Diese Meinung hat besonders die Stelle aus Ulpian's libro 17. ad Edictum oder L. 41. pr. D. de rei vindicat. für sich, wo es heißt: *Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione: post allatam conditionem iam non potest in rem actionis uti.* Anton Faber⁴⁵⁾, der an keinen reditus domini legalis glaubt, wendet zwar ein, es folge nicht, daß das Eigenthum, welches mit dem Eintritt eines bessern Käufers in der Person des erstern Käufers aufhört, ipso iure an den Verkäufer zurückfalle. Nein! dazu werde ein actus retrosimilis, das ist, eine Retrotradition erfordert⁴⁶⁾. Darum müsse der Verkäufer die actio personalis ex vendito anstellen, um den Käufer zu Retrotradition zu nöthigen⁴⁷⁾. Ein Rückfall des Eigenthums, welcher ohne Tradition blos vermöge des Vertrags ipso iure geschieht, lasse sich auf keine Weise gedenken. Denn sonst würde auch die Reivindication gegen

COVARRUVIAS & LEYVA Variar. Resolution. Lib. III. cap. 8. num. 1. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 34. und Lud. Godf. MADIHN ad Mencken doct. de actionib. for. Not. 609. et 616. pag. 216. sq.

45) Rational. in Pand. ad L. 41. D. de rei vindicat.

46) Faber beruft sich hier auf L. 1. Cod. Quando licent ab emt. vendit. disced. L. 58. D. de pactis.

47) L. 3. Cod. de pact. inter emtor. et venditor. composit.

gen den Käufer Statt finden, gegen welchen doch diese Klage ausdrücklich versagt wird ⁴⁸⁾). Allein dieser Einwurf ist des großen Anton Faber ganz unwürdig. Ulpian setzt ja hier einen solchen Fall voraus, da sich die sub pacto additionis in diem verkaufte Sache in den Händen eines dritten Besitzers befindet. Denn sonst hätte die Frage nicht entstehen können, ob der erste Käufer die Sache noch vindiciren könne, nachdem sich ein neuer Käufer gemeldet, und der Verkäufer denselben angenommen hat. Wie kann also hier gegen den ersten Käufer auf Retrotradition einer Sache, die er nicht besitzt, geklagt werden? Ja wie kann von diesem das Eigenthum der Sache, welches in seiner Person durch die Anmeldung eines neuen bessern Käufers aufgehört hat, durch Retrotradition wieder an den Verkäufer gebracht werden? Es muß also wohl das Eigenthum an den Verkäufer, ohne Retrotradition, von selbst, vermöge des Resolutivvertrags, zurückfallen; folglich das Vindicationsrecht, welches hier dem ersten Käufer, nach aufgehobenem Kaufe, abgesprochen wird, dem Verkäufer zustehen. Daß die Reivindicatio nicht gegen den ersten Käufer nach aufgehobenem Kaufe Statt findet, wenn dieser die Sache noch besitzt, beweist nichts dagegen. Gegen diesen kann natürlich keine andere Klage Statt finden, als die actio ex vendito, weil zwischen dem ersten Käufer und dem Verkäufer kein Streit über das Eigenthumsrecht entstehen kann; sondern alles auf den eingegangenen Vertrag ankommt, auf dessen Erfüllung gegen den ersten Käufer geklagt wird. Es ist demnach auch ganz irrig, wenn Zellfeld

48) L. 3. Cod. cit.

feld behauptet, die Reivindicacion finde gegen den dritten Besizer nicht Statt, wenn der Vertrag unter einer resolutiven Bedingung ist geschlossen worden.

§. 1005.

Steht es ein pactum additionis in diem tacitum?

Das pactum additionis in diem wird im Zweifel nicht vermutet, sondern muß dem Kaufe ausdrücklich beygefügt werden, wenn es von Wirkung seyn soll. Wer also auf diesen Vertrag sich beruft, muß das Daseyn desselben beweisen. Eine Ausnahme findet jedoch bey Auctionen und Subhastationen Statt, bey welchen eine addictio in diem tacita bis zum letzten Zuschlage angenommen wird ⁴⁹⁾. Es ist nicht nöthig, diese Ausnahme, wie viele ⁵⁰⁾ thun, blos auf fiskalische Subhastationen einzuschränken. Der Fiskus hat nur das Vorrecht, daß wenn Sachen, die demselben gehören, versteigert worden sind, ein besseres Gebot auch noch nach dem Zuschlage angenommen, und hierdurch der erste Kauf wieder aufgehoben werden kann, sofern der Licitations-Termin noch nicht verstrichen ist ⁵¹⁾. Bey andern Subhastationen ist der Meist-

bietende

49) *L. ult. D. de iure fisci. L. 4. Cod. de fide et iure hastae fiscal. L. 1. Cod. de vendend. reb. civitatis.* STRYK *Uf. mod. Pand. h. t. §. 2. et 3.* THIBAUT *System des Pand. N. 2. B. §. 958.* GÜNTHER *Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1067. in fin.*

50) *Iof. FINESTRES Hermogenian. pag. 247. Iust. MIZIER Colleg. iur. argentorat. T. I. h. t. §. 4.* MÜLLER *ad Struvium Ex. XXIII. Th. 29. not. β.* HOFACKER *Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 1965. not. c.*

51) Man vergleiche *L. 4. Cod. de fide et iure hastae fiscal.* mit

L. 1.

bietende nach geschehenem Zuschlage gesichert, wenn auch gleich Güter der Städte auf diese Art veräußert worden sind ⁵²⁾. Bey Auctionen und Subhastationen versteht sich also nach der Natur derselben eine addictio in diem bis zum erfolgten Zuschlage von selbst ⁵³⁾. Es unterscheidet sich jedoch diese stillschweigende addictio von der bey einem Privatkäufe durch Vertrag verabredeten darin, daß bey derselben die Bedingung, unter welcher hier jedes Gebot angenommen wird, nämlich wenn Niemand vor Ablauf des Licitationstermins mehr bieten wird, immer eine bloß suspensive ist, dahingegen eine addictio in diem expressa sowohl unter einer resolutiven als suspensiven Bedingung geschehen kann ⁵⁴⁾. Daher ist der Kauf bis zur erfolgten Adjudication noch unvollkommen. Hieraus folgt aber

L. 1. Cod. de vendend. reb. civitat. Man behauptet, die tempora, quae in fiscalibus auctionibus vel hastis statuta sunt, hätten gewöhnlich in einem Zeitraum von 20 Tagen bestanden. *Arg. Auth. Hoc ius. Cod. de SS. Eccles.* Man vergleiche hier vorzüglich *Franc. de AMAYA* Commentar. in tres posterior. libros Cod. Tom. I. ad L. 4. Cod. de fide et iure hastae fiscal. nr. 58. et 59. p. 86. fqq. und *VOET* Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

52) *L. 21. §. ult. D. ad Municipalem.* *S. Iac. CUJACIUS* Observat. Lib. II. cap. 24. u. *Petr. FERREONIUS* Animadversion. et var. Lect. iur. civ. Lib. I. cap. 16. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* T. I. pag. 612.)

53) *Io. Balth. L. B. a WERNHER* Select. Observat. for. Tom. II. P. X. Obs. 353.

54) *Bened. SCHMIDT* Diss. de primo apud hastam licitatore post acceptatum secundum statim liberato, praef. *Ge. Frid. DEINLIN* def. *Altdorfii* 1748. §. 3.

aber nicht, wie viele ⁵⁵⁾ irrig behaupten, daß vor erfolgtem Zuschlage dem Licitantem jederzeit freystehe, sein gethanes Gebot wieder zurückzunehmen. Denn bey jedem bedingten Versprechen muß ja der Promittent den Ausgang der Bedingung abwarten, und darf nicht pendente conditione nach Willkühr zurücktreten. So ist es auch bey der addictio in diem expressa ⁵⁶⁾, welche unter einer suspensiven Bedingung ist beygefügt worden, und von dieser ist der Schluß auf die addictio tacita vollkommen gültig, wie Berger ⁵⁷⁾ und Wernher ⁵⁸⁾ mit mehreren gezeigt haben. Der Erstbietende bleibt daher an sein gethanes Gebot gebunden, so lange er von einem zweyten Licitanten nicht überboten worden ist, und wird nur dann erst von seiner Verbindlichkeit frey, wenn der Ueberbietende angenommen worden ist ⁵⁹⁾. Denn auch bey den Subhastationen hängt es von der Willkühr desjenigen ab, zu dessen Vortheil die Subhastation geschieht, ob er das bessere Gebot des zweyten Licitanten annehmen will, oder nicht ⁶⁰⁾. Denn warum sollte der Hasta nicht gleiches

Recht

55) CARPZOV Iurisprud. for. P. I. Const. 32. Def. 45. Struben rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 28. Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bemerk. 10.

56) L. 9. D. h. t.

57) Resolut. Legg. Obstant. h. t. pag. 311. et Elect. Disceptation. for. Tit. 39. pag. 1145. sqq.

58) Obf. for. T. II. P. X. Obf. 353. nr. 13. sqq.

59) Bened. SCHMIDT cit. Diff. §. 6, et 7, und Mich. God. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 5.

60) SCHMIDT cit. Diff. §. 5. und Thibaut System des P. R. 2. B. §. 958. Nr. 3.

Recht mit einem Privatverkäufer zustehen? Es steht aber auch hier dem Erstbietenden frey, durch ein gleiches Gebot den Ueberbietenden zu vertreiben ⁶¹⁾. Ganz unrichtig ist hingegen die Behauptung, daß der erste Licitant auch noch nach der Annnehmung des zweyten bis zur erfolgten Adjudication verbunden bleibe, wenn etwa der zweyte Licitant insolvent seyn sollte ⁶²⁾. Die *L. 14. §. 2. D. h. t.* lehrt ganz das Gegentheil, und es ist kein Grund vorhanden, warum die Hasta hier mehr zu begünstigen seyn sollte, als ein Privatverkäufer ⁶³⁾.

61) Es findet hier die *L. 7. D. h. t.* allerdings Anwendung.
S. SCHMIDT cit. Diff. §. 4.

62) Der älteste Vertheidiger dieser Meinung ist Bartolus. Mit vergeblich verschwendeter Gelehrsamkeit hat sie Lo. SCHILTER in *Praxi iur. Rom. Exercitat. XXX. §. 49 — 51.* zu vertheidigen gesucht.

63) Man sehe hier wieder SCHMIDT cit. Diff. §. 10. Daß auch die Praxis hiermit übereinstimmt, erhellet aus BERLICH *Conclus. pract. P. I. Concl. LXXXI. nr. 178.* PHILIPPI de *substation. cap. III. Comm. 16. nr. 108.* BRUNNEMANN *Comm. ad Pand. ad L. 11. D. h. t.* TRYK *Uf. mod. Pand. h. t. §. 4.* BEYER *Position. ad D. h. t. Posit. 6.*

Lib. XVIII. Tit. III.

De lege commissoria.

§. 1006.

Begriff der *lex commissoria* bey'm Kaufcontract.

Gewöhnlich zum Besten des Verkäufers wird bey'm Kaufe auch VIII. das sogenannte *pactum commissorium* oder die *Lex commissoria* beygefügt, worunter derjenige Nebenvertrag verstanden wird, durch welchen die Partheyen mit einander ausgemacht haben, daß der Käufer auf den Fall der nicht zur gehörigen Zeit geschehenen Abtragung des Kaufpreises seines Rechts aus dem Contract verlustig seyn solle⁶⁴). Das älteste Beispiel eines unter
die

64) Der allgemeine Begriff vom commissorischem Vertrag ist schon an einem andern Orte, nämlich Theil 14. §. 869 gegeben worden. Von der *lex commissoria* bey'm Kaufcontract handeln Io. Henr. MEYER *Diss. de L. C. venditione adiecta. Erford. 1718.* Henr. HILDEBRAND *Lex commissoria venditioni adiecta. Altorfii 1716.* Io. Wilh. ENGELBRECHT *Diss. de lege commissoria contractui pignoratitio illicite, et emtion venditioni aliaque contractibus licite adiecta. Helmst. 1729.* Io. Wilh. van MUSSCHENBROECK *Specim. de natura legis commissoriae venditionibus saepe additae (in Ger. OELRICHS Thes. novo Dissertat. iuridic. Belgicar. Vol. I. Tom. II. p. 636. sqq.)*

diesem Vertrage geschlossenen Kaufs führt Cornelius Nepos an⁶⁵). Es kann jedoch dieser Vertrag auch zum Besten des Käufers beygefügt werden, daß nämlich der Verkäufer sein Recht aus dem Contract verwirkt haben wolle, wenn er die verkaufte Sache oder Waare nicht zur gehörigen Zeit übergeben würde⁶⁶). Jener Fall scheint jedoch der gewöhnlichste zu seyn, denn des letzteren wird weder in den Gesetzen dieses Titels, noch irgendwo gedacht⁶⁷). Es kann aber in dem ersten Falle auch noch ausgemacht werden, daß wenn der Käufer das Kaufgeld nicht zu gehöriger Zeit bezahlen würde, der geschlossene Handel nicht nur ungünstig seyn, sondern der Käufer auch den Schaden vergüten solle, wenn etwa der Verkäufer nachher die Sache an einen Andern für einen geringern Preis zu verkaufen genöthiget würde⁶⁸). Ob der commissorische Ver-

und Io. WILKENS Diss. de lege commissoria emtionis venditionis. Goett. 1786.

65) *Vita Attici* cap. 9. Ant. SCHULTING Thes. controversar. Dec. LXV. Th. 1. hat diese Stelle erläutert.

66) *Westphal* vom Kaufe §. 689.

67) Mit Recht sagt *Ge. Sam. MADIHN* in Diss. de effectu legis commissoriae parte pretii soluta. *Halae* 1755. §. 1. in fin. notae ad eund. *Caeterum quidem extra dubitationem est, legem commissoriam tam in favorem emtoris, quam venditoris adiici posse, tamen si Rom. ius respicimus, LL. pro venditore tantum pactum commissorium admisisse videntur. Er giebt daher folgenden Begriff: LEX COMMISSORIA insolvit pactum emtioni venditioni adiectum, ut vi eiusdem ius ex contractu translatum revocetur, si alter contrahentium obligationi suae satis non facit.*

68) *L. 4. §. 3. D. h. t.* In commissoriam etiam hoc solet convenire, ut si venditor eundem fundum venderet, quanto minoris vendi-

Vertrag nur eine resolutive Bedingung enthalte, oder auch unter einer suspensiven Bedingung geschlossen werden könne, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Mehrere⁶⁹⁾ behaupten, es werde durch diesen Vertrag die Perfection des Contracts nicht suspendirt, sondern nur die Aufhebung desselben davon abhängig gemacht. Diese Meinung hat 1) den Ausspruch Ulpians für sich, welcher *L. 1. D. h. t.* sagt: *Si fundus lege commissoria venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur.* Ganz damit übereinstimmend lehrt 2) Paulus *L. 2. §. 3. D. Pro emptore: SABINUS*, si sic emta fit, ut nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inemta res fieret, non usucapturum, nisi persoluta pecunia: sed videamus, utrum conditio sit hoc, an conventio? Si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur. Verbindet man noch 3) die *L. 2. D. de in diem addict.* mit *L. 1. D. h. t.* welche beyde Fragmente aus Ulpians libro 28. ad Sabinum genommen sind, so ergiebt sich daraus, daß Ulpian daselbst das pactum commissorium und addictionis in diem erklärt, und bey beyden die Frage entscheidet,

§ 2

ob

vendiderit, id a priore emptore exigat. Erit itaque adversus eum ex vendito actio.

69) Franc. CONNANUS Commentarior. iuris civ. Lib. VII. cap. 9. Tom. II. fol. 506. b. Ant. FABER Rational. in Pand. ad *L. 1. D. h. t.* Ulr. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 1. Jos. FINESTRES Hermogenian. ad *L. 7. D. h. t. §. 2. et 3.* pag. 455. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4. MADIHN Diff. de effectu legis commissoriae §. 2. ENGELBRECHT cit. Diff. §. 15. WILCKENS cit. Diff. §. 5. et 6. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 1967. u. a. m.

ob der Kauf dadurch ein bedingter Vertrag werde, oder nicht. Bey dem *pacto additionis in diem*, sagt er, komme alles auf die Uebersinkunft der Partheyen an, vermöge derselben könne die Bedingung desselben entweder eine resolutive, oder suspensiv seyn; allein bey dem *pacto commissorio* macht Ulpian, welches sehr merkwürdig ist, diesen Unterschied nicht, sondern sagt geradezu, der Vertrag sey mehr resolutiv, als suspensiv. Hierzu kommt endlich noch 4) daß nicht nur alle Gesetze dieses Titels, welche der *lex commissoria* gedenken, sondern auch andere Stellen der Pandecten, in welchen davon die Rede ist, überall einen perfecten Kauf voraussetzen, dessen Aufhebung blos von jener Bedingung abhängig gemacht worden ist⁷⁰⁾. Demohngeachtet behaupten andere⁷¹⁾, daß der commissorische Vertrag auch eben so gut suspensiv geschlossen werden könne, nämlich so, daß der Kauf nur erst dann für gültig und perfect gehalten werden solle, wenn der Käufer das Kaufgeld bezahlt haben wird. Daß dieses auch dem Röm. Rechte gemäß sey, soll die *L. 38. §. ult. D. ad Leg. Falcidiam* beweisen, wo Hermogenian sagt: *servum sub lege commissoria distractum, item ad diem addi-*

70) *L. 2. L. 4. L. 5. L. 8. D. h. t. L. 23. in fin. D. de obligat. et act. L. 38. pr. D. de minorib.*

71) VOET *Comm. ad Pand. h. t. §. 1.* NOODT *Comm. ad Dig. h. t. §. 1. et 3. Tom. II. Oper. pag. 399.* van MUSSCHENBROECK *cit. Specim. Cap. I. §. Si porro pag. 642. sqq. Elb.* LEONINUS *Emendat. Lib. IV. cap. 16.* POTHIER *Pandect. Iustinian. T. II. Lib. XXXV. Tit. 2. Nr. XX. not. c.* MALBLANC *Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 541.* Westphal *vom Kauf §. 691.* Ehibant *System des Pand. N. 2. B. §. 959.* und GÜNTHER *Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 1062.*

addictum in venditoris dominio connumerari. Allein es ist hier nur davon die Rede, was bey der Berechnung der Falcidie zum Nachlaß zu rechnen sey. Ist nun eine Sache verkauft worden, aber so, daß sie wegen des angehängten commissorischen Vertrags oder wegen der addictio in diem wieder an den Verkäufer zurückfällt, so wird sie darum noch als ein Theil des Nachlasses angesehen, weil die dem Verkäufer deshalb zustehende Klage unstreitig zu seinem Vermögen gehört ⁷²⁾). Es ist also aus dieser Gesetzesstelle nicht zu ersehen, daß der commissorische Vertrag auch unter einer suspensiven Bedingung geschlossen werden könne. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist doch auch nicht anzusehen, warum nicht der commissorische Vertrag eben sowohl suspensiv, als resolutiv hinzugefügt werden könnte. Alle für die erstere Meinung angeführten Gesetze beweisen doch nur soviel, daß der Vertrag im Zweifel für resolutiv zu halten sey. Keinesweges aber ist zu behaupten, daß eine suspensive Bedingung der Natur des Vertrages zuwider sey. Das Wort *committere*, so verschieden auch die Erklärung der Rechtsgelehrten darüber ist ⁷³⁾, deutet doch wenigstens nicht nothwendig auf einen perfecten Contract hin.

§. 1007.

72) S. FINESTRES Hermogenian. ad L. 7. D. h. t. §. 3. p. 455. und We s t p h a l Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1195.

73) Man sehe den 14. Th. dieses Commentars §. 869. Not. 56. c. 86.

§. 1007.

Erfordernisse des commissorischen Vertrags. I. Bestimmung einer Zahlungszeit. II. Bälliger Ablauf derselben.

Soll der commissorische Vertrag von Wirkung seyn, so wird dazu erfordert, I. daß ein Zahlungstermin bestimmt worden sey. Gewöhnlich wird zwar derselbe im Vertrage bestimmt ⁷⁴⁾; allein zur wesentlichen Form des Vertrages ist dieses nicht gerade nothwendig ⁷⁵⁾. Es kann der Vertrag auch, ohne Nachtheil seiner Wirksamkeit, so geschlossen werden, daß der Verkäufer, bey ausbleibender Bezahlung des Kaufgeldes, nicht weiter an den Contract gebunden seyn wolle, wenn auch übrigens keine weitere Zahlungszeit ist festgesetzt worden. Man erfordert aber doch in einem solchen Falle mit Recht, daß der Käufer von dem Verkäufer gemahnt werden müsse, um denselben in einen solchen Verzug zu versetzen, daß die Strafe des commissorischen Vertrags zur Anwendung gebracht werden kann ⁷⁶⁾. Man behauptet auch, daß selbst nach geschehener Interpellation nicht sogleich auf Realisirung des Vertrags geklagt, sondern zuvörderst dem Käufer noch eine kurze Frist gesetzt werden müsse; welche allenfalls in zwey Monaten bestehen, oder der Richter nach der Billigkeit bestim-

74) L. 2. L. 4. pr. L. 5. D. h. t.

75) Arg. L. 3. D. de contrah. emt. L. 41. pr. D. de rei vind. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. HILDEBRAND Diff. cit. §. 9. et 10. WILKENS Diff. cit. §. 9.

76) Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. 1. in fin. pag. 399. STRUY Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 38. et MÜLLER ad Eundem nov. β.

bestimmen kann ⁷⁷⁾. Hier findet auch noch bis zur Anstellung der Klage *morae purgatio* Statt ⁷⁸⁾. Ist hingegen gleich Anfangs ein Zahlungstermin bestimmt, so tritt sogleich mit dem Ablaufe desselben der Verzug mit seinen Folgen ein, ohne daß es hier einer weitern Mahnung des Käufers bedarf ⁷⁹⁾. II. Es muß der Zahlungstermin ganz bis auf die letzte Minute verstrichen seyn ⁸⁰⁾. Denn die Zeit wird hier *de momento ad momentum* gerechnet ⁸¹⁾. Auch die letzte Minute, in welcher die Bezahlung des Kaufgeldes erfolgte, kommt daher dem Käufer noch zu statten.

§. 1008.

III. Mora des Käufers.

Soll der commissorische Vertrag Anwendung finden, so muß III. vor Ablauf des bestimmten Terms die Bezahl-

77) Arg. L. 31. §. 22. *D. de Aedilit. Edicto.* - L. 38. *D. de minor.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. Iac. CUJACIUS Tract. VII. ad Africanum ad L. 23. *D. de obligat. et act. circa fin.* HILDEBRAND cit. Diff. §. 12. van MUSSCHENBROECK cit. Diff. Cap. I. pag. 641. Etbaut Syst. des Pand. N. 2. B. §. 959.

78) L. 21. §. ult. *D. de recept.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22.

79) L. 4. §. ult. *D. h. t.* Es heißt hier, *dies pro homine interpellat.* L. 12. *Cod. de contrah. stipulat.* L. 2. *C. de iure emphyt.* Herm. Henr. ab ENGELBRECHT Observat. select. for. Specim. III. Obs. 77.

80) Arg. §. 2. I. et L. 42. *D. de Verb. obligat. et L. 38. pr. D. de minorib.* LAUTERBACH Colleg. h. t. §. 17.

81) L. 2 *D. de div. et temp. praescript.* SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 3.

Bezahlung des Kaufgeldes, ohne Schuld des Verkäufers, nicht erfolgt seyn. Daß den Edumigen Niemand gemahnt habe, kann ihm, wenn der Zahlungstermin im Vertrage bestimmt worden ist, zu keiner Entschuldigung gereichen. Der Käufer ist vielmehr verbunden, dem Verkäufer zu rechter Zeit die Zahlung selbst anzutragen, ohne Mahnung von dem Verkäufer zu erwarten. Ulpian bemerkt zwar *L. 4. §. ult. D. h. t. MARCELLUM dubitasse, commissoria utrum tunc locum habeat, si interpellatus non solvat, an vero si non obtulerit?* Allein er erklärt sich gegen diese Meinung ganz bestimmt, wenn er sagt: *Et magis arbitror, offerre eum debere, si vult se legis commissoriae potestate solvere.* Eine Interpellation des Käufers würde auch dem Verkäufer zum Nachtheil gereichen. Denn vor dem Eintritt des Zahlungstermins wäre sie unzeitig, und nach Ablauf desselben würde sie eine Entsagung auf die *lex commissoria* enthalten⁸²⁾. Eben so wenig sichert den Käufer eine bloße Abschlagszahlung, selbst wenn er den größten Theil des Kaufgelds vor dem Ablauf des Zahlungstermins abgetragen hätte, wenn nicht das Ganze bezahlt worden ist⁸³⁾. Denn eine theilweise, selbst beynahe vollständige Erfüllung einer Contractsverbindlichkeit wird in ihren rechtlichen Folgen einer gänzlichen Nichterfüllung gleichgeachtet.

82) *L. 7. D. h. t. S. Ant. FABER* Rational. in Pand. ad *L. 4. §. ult. D. h. t.*

83) *Arg. L. 6. §. 2. D. h. t. L. 25. §. 13. D. Famil. ercisc. L. 47. D. de action. emti et vend. LAUTERBACH* Colleg. h. t. §. 17. Nr. II. *HOFACKER* Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1968. und *Thibaut* Syst. des Pand. N. 2. B. §. 959.

ter⁸⁴⁾. Das Canonische Recht hat hierin nicht, wie einige⁸⁵⁾ behaupten wollen, das römische Recht abgeändert. Denn das *Cap. 9. X. de poenis*⁸⁶⁾, worauf man sich beruft, redet nur von dem Falle, wenn der Richter die Erfüllung einer Verbindlichkeit unter Androhung einer Strafe befohlen hat. Hier fällt die Strafe weg, wenn der größte Theil der Verbindlichkeit erfüllt ist. Es wird jedoch immer vorausgesetzt, daß der Verkäufer nicht selbst daran Schuld seyn müsse, daß der Käufer nicht zur rechten Zeit Zahlung leistete. Denn ist dieses, so verliert der commissorische Vertrag seine Kraft. War daher der Verkäufer abwesend, ohne einen Bevollmächtigten zu hinterlassen, welchem die Zahlung hätte geleistet werden können, oder der Verkäufer verweigerte die Annehmung der ihm zu rechter Zeit angebotenen Zahlung ohne hinlänglichen Grund, so kann gegen den Käufer von dem commissorischen Vertrage kein Gebrauch gemacht werden. Eben dieses gilt in dem Fall, wenn der Richter dem Käufer die Zahlung verbot⁸⁷⁾. In diesen Fällen ist zwar eine gerichtliche Hinterlegung der schuldigen Summe anzurathen, allein nothwendig

84) *L. 5. §. 3. et 4. L. 85. §. 6. D. de verbor. obligat. Barth. CHESIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 50. nr. 107. pag. 246.*

Ehnbaut System des P. N. I. B. §. 106. der 4. Ausgabe.

85) *ALTESERRA Innocent III. ad cap. 9. X. de poenis pag. 605.*

LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCVII. Corol. 3.

und Schmidt im Lehrbuche von Klagen und Einreden §. 908.

Not. x.

86) Man sehe über diesen Text *CONZALEZ TELLEZ Commentar. in Decretal. Tom. V. pag. 551.*

87) *VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. und LAUTERBACH Colleg. h. t. §. 17. nr. III.*

wendig ist sie nicht zur Vernichtung der commissorischen Kraft; wenn nur auf andere Art bewiesen werden kann, daß der Käufer zur Zahlung bereit gewesen, allein durch den Verkäufer sey gehindert worden, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, wie aus folgenden Gesetzstellen zu ersehen ist.

L. 4. §. ult. D. h. t. Quodsi non habet, cui offerat, posse esse securum.

L. ult. D. eodem. Mulier fundos Cajo Sejo vendidit, et acceptis arrhae nomine certis pecuniis, statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae, quibus si non paruisset emtor, pactus est, *ut arrham perderet, et inemptas villas essent*: die statuto emtor testatus est, se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsoluere, et facculum cum pecunia signatorum signis obsignavit; defuisse autem venditricem: posteriore autem die nomine fisci testato conventum emtorem, *ne ante mulieri pecuniam exsolueret, quam fisco satisfaceret*. Quaesitum est, an fundi non sint in ea causa, ut a vinditrice vindicari debeant ex conventionem venditoris? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, non commississe in legem venditionis emtorem.

Der Käufer hatte in dem Falle, wovon das Gesetz redet, die Vorsicht getroffen, in Gegenwart einiger Zeugen zu erklären, daß er an dem festgesetzten Zahlungstage sich mit dem Gelde in dem Hause des Verkäufers eingefunden habe, und zur Bezahlung der ganzen Kaufsumme bereit gewesen sey, aber daselbst Niemanden, dem er habe zahlen können, angetroffen habe, und dann das Geld mit seinem und der Zeugen Pottschafft versiegelt. Deponirt hatte er aber das Geld nicht. Deswegen war seine Schuld

Schuldverblindlichkeit dadurch noch nicht getilgt, sondern er war jetzt nur gegen die Folgen des commissorischen Vertrags gesichert, weil ihm nun kein Verzug zur Last fiel. Daher erklärt sich nun auch, wie dem Käufer das Verbot zugehen konnte, der Verkäuferin, wegen des von dem Fiscus ausgewirkten Arrests, keine Zahlung zu leisten. Es beweist aber auch dieser dem Käufer zur weitem Entschuldigung gereichende Umstand, daß der gehinderte Käufer dennoch schuldig sey, sich mit der Bezahlung einzufinden, sobald das Hinderniß aufhört, wenn er nicht noch in die Strafe der *lex commissoria* fallen will⁸⁸⁾. Voet⁸⁹⁾ glaubt zwar, es sey eine gerichtliche Hinterlegung nöthig, um aller Strafe zu entgehen. Allein die *L. 7. Cod. de pact. inter emptor. et venditor.* worauf er sich beruft, schreibt dieses nicht vor, wie aus folgenden Worten klar erhellet. *Si a te comparavit is, cuius meministi, et convenit, ut, si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, sit res inempta: remitti hanc conventionem rescripto nostro non iure petit. Sed si se subtrahat, ut iure dominii eandem rem retineat, denunciationis et obsignationis depositionisque remedio contra fraudem POTES iuri tuo CONSULERE.* Es ist zwar hier eigentlich von dem commissorischen Vertrage gar nicht die Rede; aber doch von einem Vertrage, wodurch die Aufhebung eines geschlossenen Kaufs auch von einer Zahlung war abhängig gemacht worden, welche binnen einer gewissen Zeit geschehen mußte. Sollte in diesem Falle der Käufer arglistig die Zahlung hindern, um

die

88) Westphal vom Kaufe §. 699.

89) Comm. ad. Pand. h. t. §. 5.

die Kraft des Vertrags zu vereiteln, so wird die Verriegelung und Deposition des Geldes blos als Cautel empfohlen⁹⁰⁾. Daß die *lex commissoria* noch zur Anwendung gebracht werden kann, wenn zwar anfänglich der Verkäufer die Zahlung aufhielt, der Käufer aber nachher sich säumig finden ließ, lehrt noch insonderheit die *L. 51. §. 1. D. de action. emt. et vendit*, wo Labeo sagt: *Quodsi fundum emisti, uti des pecuniam Calendis Iuliis: etsi ipsis Calendis per venditorem esse factum, quo minus pecunia ei solveretur, deinde per te staret, quo minus solveres: uti posse adversus te lege sua venditorem, dixi; quia in vendendo hoc ageretur, ut quandoque per emtorem factum sit, quo minus pecuniam solvat, legis poenam patiatur.* Dem Verkäufer darf nur aber keine Arglist dabey zur Last fallen. Daher setzt Javolen, welcher des Labeo libri Posteriorum, aus denen diese Stelle genommen ist, epitomirt hat, noch hinzu: *Hoc ita verum puto, nisi si quid in ea re ventor dolo facit.* 3. B. der Verkäufer nahm die Bezahlung an dem bestimmten Termin darum nicht an, um sie zu einer Zeit zu fordern, wo er wußte, daß der Käufer nicht sogleich werde Rath schaffen können⁹¹⁾. Auf keinen Fall kann jedoch den Käufer der Vorwurf einer Säumnis treffen, so lange der Verkäufer selbst den Contract noch nicht in allen Puncten erfüllet hat. Denn wie kann er hier den Käufer eines Verzugs beschuldigen, wenn er seiner Seits noch Puncten des Contracts nachzukommen hat? Dahin gehört 3. B. wenn der Verkäufer noch

90) Westphal vom Kaufe §. 700.

91) G. POTHIER Pand. Justin. Tom. I. h. t. Nr. III. not. d. et e.

noch vor der Bezahlung des Kaufgeldes wegen der Entwährung Caution zu leisten sich verbindlich gemacht, aber binnen der dem Käufer gesetzten Zeit nicht geleistet hat, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet. *L. 10. §. 1. D. de resc. vendit.* *Emtor praediorum, cum suspicaretur, Numeriam et Semproniam controversiam moturas, pactus est cum venditore, ut ex pretio aliqua summa apud se maneret, donec emtori fideiussor daretur a venditore. Postea venditor eam legem inferuit, ut, si ex die pecunia omnis soluta non esset, et venditor ea praedia venisse nosset, invendita essent.* Interea de adversariis alteram mulierem venditor superavit: cum altera transegit, ita ut sine ulla quaestione emtor praedia possideret. Quaesitum est, cum neque fideiussor datus est, nec omnis pecunia secundum legem suis diebus soluta sit, an praedia invendita sint? Respondit: Si convenisset, *ut non prius pecunia solveretur, quam fideiussor venditi causa daretur*, nec id factum esset, cum per emtorem non stare, quominus fieret, non posse posteriorem legis partem exerceri. In dem Falle, welchen Scävola hier entscheidet, schien zwar die versprochene Cautionleistung nicht mehr nöthig zu seyn, weil die von Seiten der im Gesetz genannten beyden Frauenspersonen zu besorgenden Ansprüche abgethan waren. Allein es war einmal ausgemacht worden, daß das Kaufgeld nicht eher bezahlt werden sollte, als bis die Caution geleistet seyn würde. Der Käufer konnte sich also mit Recht an den Contact halten, zumal da das Versprechen des Verkäufers, einen Bürgen zu stellen, nicht gerade auf die Person der beyden Weiber, welche damals Ansprüche an den verkauften Grundstücken machten, beschränkt worden,

son-

sondern allgemein geschehen war, mithin dem Käufer immer noch in andern Fällen von Nutzen seyn konnte ⁹²⁾. Es kann auch wohl seyn, wie Westphal ⁹³⁾ glaube, daß vielleicht zu der Zeit, da die Zahlung geschehen sollte, der Streit mit den Weibern noch nicht beigelegt gewesen, und also wenigstens damals die Bürgschaft dem Käufer noch nöthig gewesen sey.

§. 1009.

Wirkung des commissorischen Vertrags.

Die Wirkung des commissorischen Vertrags beim Kaufcontract hängt davon ab, ob der Vertrag unter einer resolutiven oder suspensiven Bedingung geschlossen worden ist ⁹⁴⁾. In dem ersten Falle, welches der gewöhnliche ist, ist der Kauf gleich perfect ⁹⁵⁾. Gefahr und Eigenthum der Sache geht daher auf den Käufer über, oder der Käufer wird wenigstens durch die Uebergabe in die Lage versetzt, die Sache usucapiren zu können ⁹⁶⁾. Sabinus glaubte zwar, die Usucapion trete erst von der Zeit an ein, da das Kaufgeld bezahlt worden. Allein seine Meinung ward verworfen ⁹⁷⁾. Dem Käufer gehören

92) *S. Ant.* FABER Rational. in Pand. ad Lib. 10. D. de resc. vendit.

93) Lehre des gem. Rechts vom Kauf §. 703. a. E.

94) VOET Comm. h. t. §. 1.

95) L. 1. D. h. t.

96) L. 2. in fin. D. h. t. L. 74. D. de contrah. emt. L. 1. Cod. de pactis inter emtor. et venditor. compos. *S. LAUTERBACH* Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10.

97) L. 2. §. 3. D. Pro. emtoye. *S. Dabelow* über die Verjährung 1. Th. §. 70. Not. g. E. 332. ff.

ren auch in der Zwischenzeit alle Früchte, der Sache⁹⁸⁾. Das Gegentheil von dem allen aber findet Statt, wenn der Vertrag suspensiv geschlossen worden ist. Hier bleibt die Sache bis zur erfolgten Bezahlung des Kaufgeldes ein Eigenthum des Verkäufers mit allen rechtlichen Folgen desselben. Kurz es ist hier eben so, wie oben (§. 1002.) beym pacto additionis in diem bemerkt worden ist. Erfolgt nun die Bezahlung des Kaufgeldes in dem bestimmten Termin nicht, so verliert der Käufer sein Recht aus dem Contract dergestalt, als ob der Contract nie geschlossen worden wäre⁹⁹⁾. Der Verkäufer ist nun nicht mehr dem Käufer aus dem Contract verbindlich, sondern er kann den ganzen Handel aufheben, und der Käufer muß die Sache mit allen Zubehörungen und gezogenen Früchten zurückgeben. Daß er auch die verursachten Deteriorationen vergüten müsse, versteht sich. Er verliert ferner das Handgeld (arrha), und was er sonst, des geschlossenen Kaufs wegen, an Kosten oder Geschenken, z. B.

98) L. 5. D. h. t. *Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit: de fructibus, quos interim emptor percepisset, hoc agi intelligendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque iure perciperet.* C. Ge. Lud. BOEHMER Theor. gen. de acquisitione fructuum. §. 18.

99) L. 4. pr. D. h. t. sagt: *finita est emptio.* Aber nicht venditio. Denn der Verkäufer kann noch, wenn er will, auf die Bezahlung des Kaufgeldes klagen. Daher sagt Pomponius L. 6. §. 1. D. de contrah. empt. *Apparet hoc duntaxat actum esse, ne venditor emptori, pecunia ad diem non soluta, obligatus esset: non ut omnis obligatio empti et venditi utrique solveretur.*

B. für die Frau und Kinder des Verkäufers, verwendet hat; nicht aber den voraus bezahlten Theil des Kaufgeldes, wofern er nicht als ein Handgeld gegeben, oder der Verlust desselben zur ausdrücklichen Bedingung gemacht ward. In diesem Falle darf dann aber auch der Käufer die genossenen Früchte behalten. Auf keinen Fall ist jedoch der Käufer berechtigt von dem voraus bezahlten Theile des Kaufgeldes Zinsen zu fordern. Diese hier vortragenen Sätze sind zwar nicht durchaus von allen Rechtsgelehrten angenommen, wie nachher gezeigt werden wird; allein die Richtigkeit derselben wird sich aus folgenden Gesetzstellen ergeben.

L. 4. pr. D. h. t. Si fundus lege commissoria venierit, hoc est, ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus feret: videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo, quam de his, quae ex fundo percepta sint? itemque si deterior fundus effectus sit facta emptoris? Et quidem finita est emptio; sed iam decisa quaestio est, ex vendito actionem competere, ut rescriptis Imperatoris ANTONINI et D. SEVERI declaratur.

L. 4. §. I. D. eodem. Sed, quod ait NERATIUS, habet rationem: ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium, quod numeravit, perdidit. Igitur sententia NERATII tunc habet locum, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit.

L. 5. D. h. t. Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non fit, res inempta sit: de fructibus, quos interim emptor percepisset, hoc agi intelligendum est, ut emptor interim eos sibi suo

fuo quoque iure perciperet. *Sed si fundus revenisset, ARISTO existimabat, venditori de his iudicium in emptorem dandum esse: quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefelleret.*

L. 6. pr. D. eodem. De lege commissoria interrogatus, ita respondit: Si per emptorem factum sit, quominus lege pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemptos fore, *et id, quod arrhae, vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum.*

L. 6. §. 1. D. eodem. Idem respondit, si ex lege inempti sint fundi, nec id, *quod accessorium dictum est, emptori deberi.*

Diese Gesetze sind nun aber freylich nicht von allen Rechtsgelehrten auf gleiche Art verstanden worden. Man streitet sich nämlich darüber, 1) ob der Verlust der Arrha mit der Aufzusage des Geschäfts schon als rechtliche Folge verknüpft sey, oder nicht vielmehr durch den Vertrag ausdrücklich bedungen seyn müsse? Mehrere ¹⁰⁰⁾ behaupten das letztere aus dem Grunde, weil die Arrha, welche nach abgeschlossenem Kaufe gegeben wird, auf den Kaufpreis abgerechnet werde, und also, wenn der Kauf rückgängig gemacht wird, zurückgegeben werden müsse, wenn nicht ein Anderes verabredet worden sey. Eben dieses, sagt man, bestärken auch die Gesetze, welche immer einen ausdrücklichen Vertrag voraussetzen, wenn der Käufer das Hand-

100) *Ge. Sam. MADIHN* Diss. de effectu legis commissoriae §. 7.
WILKENS Diss. de lege commissoria emptionis venditionis §. 16.
 und *Wesphal* vom Kaufe §. 713.

Handgeld verlieren soll. Man beruft sich deswegen auf die *L. 8. D. h. t.*, wo *Scävola* folgenden Fall vorträgt: *Mulier fundos Caio Seio vendidit, et acceptis arrhas nomine certis pecuniis, statuta sunt tempora solutione reliquae pecuniae, quibus si non paruisset, emtor PACTUS est, ut arrham perderet, et inemptae villae essent.* Von einem solchen Vertrage rede auch die *L. 1. Cod. de pactis inter emtorem et venditor.* wo Kaiser Antonin rescribirt: *Si ea lege praedium vendidisti, ut, nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emtrix arrhas perderet, et dominium ad te pertineret: fides contractus servanda est.* Man hält überdem diese Strafe für zu hart. Genug, daß der Käufer alle Rechte verliere. Daß auch der Verkäufer sich noch mit seinem Schaden bereichern solle, sey unbillig. Von einem solchen Vertrage müsse denn auch die oben angeführte *L. 6. D. h. t.* um so mehr verstanden werden, weil sonst *Scävola* mit sich selbst im Widerspruche stehen würde. Allein alle diese Gründe sind nicht überzeugend. Man kann immerhin zugeben, daß das bey einem unter der *lex commissoria* geschlossenen Kaufe gegebene Handgeld eine *arrha pacto perfecto data* sey; es ist auch an sich richtig, daß eine solche Arrha zurück, zugeben sey, wenn die Erfüllung des Hauptgeschäfts nicht Statt finden sollte.¹⁾ Allein, daß dessen ungeachtet der schulbige Theil vermirke, was er unter diesem Namen gegeben hat, lehrt die oben angeführte *L. 6. pr. D. h. t.* ausdrücklich; und es streitet gegen alle Regeln der Auslegung, ein Gesetz, welches ganz allgemein gefaßt ist, darun-

von

1) *L. 11. §. 6. D. de act. emti et vend. L. 2. Cod. Quando liceat ab emt. disced.*

von einer besondern Verabredung verstehen zu wollen, weil in andern Gesetzen Fälle vorkommen, wo der Verlust der Arrha bey dem commissorischen Vertrage ausdrücklich war bedungen worden. Es ist ja gar nichts Neues, daß zuweilen durch Vertrag etwas zum Ueberfluß, und nur um allen möglichen Streite vorzubeugen, festgesetzt wird, was auch ohne Vertrag schon gemeinen Rechtsens gewesen wäre. *Etenim quas dubitationis tollendas causa contractibus inseruntur, ius commune non laedunt*, sagt mit Recht Papiinian L. 56. pr. D. Mandati. Man kann es auch keine Unbilligkeit nennen, wenn die Gesetze den Käufer einer Strafe würdig halten, welche gerade in dem Verlust desjenigen besteht, was er zum Zeichen der unumsstößlichen Verbindlichkeit des Contracts gab, den er treulos gebrochen hat. Und hierin stimmen denn auch die meisten Rechtsgelehrten *) überein.

Man streitet ferner 2) darüber, ob nicht auch der vorausbezahlte Theil des Kaufgeldes verloren gehe, wenn der Verkäufer sich seines Rechts aus dem commissorischen Vertrage bedient? Viele **) halten auch diesen Verlust für

§ 2

für

*) Hug. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XVI. cap. 19. §. Re empta. pag. 926. Io. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Nondum in fin. p. 399. Io. SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXX. §. 54. Sam. de COCCEJI iur. civ. contro. h. t. Qu. 8. Car. Frid. WALCH Introd. in contro. iur. civ. Sect. III. cap. IV. membr. IV. Subf. II. §. 39.

3) SCHILTER cit. loc. §. 54. Ulr. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 14. de COCCEJI cit. loc. Qu. 8. WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 9.

für gerecht, und dem oben angeführten Gesetz, L. 4. §. 1. D. h. t. gemäß, wo besonders die Worte merkwürdig sind: *quando emtor aliquam partem pretii dedit*. Diese Worte scheinen den Sinn zu haben, daß der Käufer nicht bloß in dem Falle, da es ausdrücklich ausgemacht worden, sondern auch schon, vermöge des commissorischen Vertrags, den abschläglich bezahlten Theil der Kaufsumme verliere. Eben so scheinen auch die Griechen das Gesetz verstanden zu haben. Denn in den Basiliken ⁴⁾ lautet diese Stelle so: *Οτι ἐπὶ μὲν τῷ κομισσορίου ὄρου εἰ μέρος καταβληθῆ τῷ τιμηματός, εἰ μὴ καὶ τὸ λείπον ἐντός τῆς ὀρισθείσης προθεσμίας καταβληθῆ, ἀπόλλαι καὶ τὸ καταβληθὲν ὁ ἀγοραστής, ἀναλυομένης τῆς πράξεως. καὶ τοῦτο ἐν ἄνω λόγῳ ἀλλὰ δια τὸ κερδαίνειν τοῦ ἐν τῷ μέσῳ καρπούς, ἰ. ε. Ubi quid lege commissoria veniit, si pars aliqua pretii data fuerit, nisi et quod reliquum est pretii intra diem lege commissoria comprehensum exsolutum fit, resoluta venditione amittit emtor etiam id, quod est numeratum, idque non absque ratione, sed ut interea perceptos fructus lucretur.* Anders ⁵⁾ hingegen unterscheiden, ob der bezahlte Theil des Kaufgeldes statt einer Arrha gegeben, oder ob er zur Erfüllung des Contracts bezahlt worden sey. In dem ersten Falle

ENGELBRECHT Diss. de L. commissor. § 23. HILDEBRAND cit. Diss. §. 19. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. III. Spec. CXCVII. cor. 4. WALCH cit. loc. ROEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 4. u. a. m.

4) Tom. II. In Addend. ad Lib. XIX. Tit. 3. pag. 658. nach Fabrot.

5) Frid. Es. a PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 59. POTHIER Pand. Justin. Tom. I. h. t. Nr. X. pag. 500. und GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1062.

Falle gehe er verloren, in dem letzteren Falle aber müsse er dem Käufer zurückgegeben werden, welchem deshalb die *condictione sine causa* zusteht. Noch andere ⁶⁾ erklären die Stelle des Ulpian von dem Falle, wenn der Verlust des abschläglicb bezahlten Kaufgeldes zur ausdrücklichen Bedingung gemacht worden ist. Von allen weicht jedoch Georg Samuel Madihn ⁷⁾ ab, welcher einen Unterschied macht, ob der Käufer Früchte von der Sache gezogen hat, oder nicht. In dem letztern Falle könne der Käufer das abschläglicb bezahlte Kaufgeld allemal zurückfordern, wenn der Contract von dem Verkäufer aufgerufen wird. In dem ersten Falle hingegen habe der Käufer die Wahl, ob er die gezogenen Früchte mit dem vorausbezahlten Theile des Kaufgeldes compensiren, oder die Früchte restituiren, und das Kaufgeld zurückfordern wolle. Soviel ist wohl gewiß, daß die gegenwärtige Streitfrage, ob der Käufer den abschläglicb bezahlten Theil des Kaufgeldes verliere, wenn der Kauf vermöge des commissorischen Vertrags aufgehoben wird, in der L. 4. gar nicht entschieden worden ist. Die oben aus den Basiliken excerpirte Stelle darf uns auch nicht irre machen. Denn das neunzehnte Buch mit seinen Supplementen, woraus jene Stelle genommen

6) *Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XXV. Err. 5. §. Nam et in specie. Io. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. B. BRANCHU Observation. ad ius Rom. Decad. I. cap. 7. Bestphal vom Kauf. §. 709. MALBLANC Princ. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 541. not. g. Ehtbaut. Syst. des Pand. R. 2 B. §. 958.*

7) *Diff. de effectu legis commissoriae parte pretii soluta. Halae 1755. §. 8. Mit ihm stimmt überein Lud. God. MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 189.*

nommen ist, gehört zu denjenigen Büchern der Basiliken, welche unächt sind *). Die Hauptfrage, welche Ulpian entscheidet, war unstreitig die, nämlich worauf der Verkäufer klagen könne, wenn er sein Recht aus dem commissorischen Vertrage geltend macht, ob er nämlich mit dem Grundstück auch die Früchte und Accessionen zurückfordern könne? Es schien ihm aber doch nur hauptsächlich um die Klage zu seyn. Denn es war unter den Secten der ältern Rechtsgelehrten streitig, ob nach aufgehobenem Contract dem Verkäufer noch die actio vendidi zustehet, oder ob nicht vielmehr die actio praescriptis verbis anzustellen sey? Diesen Streit haben jedoch die Kaiser Antoninus und Sever nach der Meinung des Sabinus entschieden *). Es war also nun außer Zweifel, daß auch die Klage ex vendito dem Verkäufer zustehet. Nun konnte aber noch die Frage entstehen, ob nicht zuweilen der Käufer die Früchte lucrare? Ulpian hält dieses, nach der Meinung des Nerarius, wenigstens in dem Falle für billig, wenn der Käufer schon einen Theil des Kaufgeldes vorausbezahlt hat, und diesen verliert. Der Jurist spricht also hier nicht allgemein, sondern hypothetisch, ohne darüber zu entscheiden, in wiefern der Käufer diesen Theil der Kaufsumme verliere. Alles, was sich daraus folgern läßt, bestehet demnach darin, daß zuweilen der Käufer den Theil der Kaufsumme, den er bereits vorausbezahlt hat, verlieren könne. Wer sollte auch dieses läugnen, wenn dieser Theil des Kaufgeldes entweder, statt einer

Arrha,

*) S. Hypfner über die Basiliken, in Hugo civilist. Magazin 2. Band Nr. XVIII. S. 401. f.

9) Man sehe die Note. 37. zum §. 1000. S. 226. f.

Arrha, war gegeben, oder der Verlust desselben ausdrücklich war bedungen worden ¹⁰⁾? Außerdem muß er schlechterdings zurückgegeben werden. Denn es tritt hier ein ganz anderes Verhältniß, wie bey der gegebenen Arrha, ein. Diese ward zum Zeichen der unumstößlichen Verbindlichkeit des Contracts, das abschläglich bezahlte Kaufgeld aber zur Erfüllung des Contracts gegeben. Wie kann nun das, was zur Erfüllung des Contracts gegeben worden ist, noch in den Händen des Empfängers bleiben, wenn dieser vermöge des commissorischen Vertrags auf Vernichtung des Contracts klagt? Nach der Natur des Vertrags wird ja *res inempta*. Natürlich besitzt also der Verkäufer den ihm vorausbezahlten Theil des Kaufgeldes von dem Augenblicke an *sine causa*, da er sein Recht aus dem Vertrage geltend macht. Daß der Käufer der Regel nach sein Geld auch dann wieder zurückerhalten müsse, wenn die Ungültigkeit des Handels auf den Fall der Contravention ausdrücklich ist ausgemacht worden, lehrt noch insonderheit die *L. 6. Cod. de pactis inter emptor. et venditor. comp.* wo es heißt: *Cum te fundum tuum, certae rei contemplatione inter vos habita, exiguo pretio in alium translisse commemoras, poterit tibi ea res non esse fraudi: quando, non impleta promissi fide, domini tui ius in suam causam reverti conveniat ¹¹⁾*. Et ideo adi-

10) Man sehe vorzüglich *Io. Ad. Theoph. KIND* Quaestion. forens. Tom. I. cap. 44.

11) *Ger. NOODT* Probabil. iuris civ. Lib. IV. cap. 2. liest statt *conveniat*, nicht ohne Grund *convenit*. Denn obne hier eine ausdrückliche Verabredung anzunehmen, würde diese Entscheidung mit *L. 12. Cod. de rei vindic. L. 12. C. de contr. emt.*

aditus competens iudex fundum, cuius mentionem facis, restitui tibi cum fructibus suis, sine ulla iudificatione, sua auctoritate perficiet: praecipue cum et adversa pars, *receptis nummis suis*, nullam passa videri possit iniuriam. Der Verkäufer giebt jedoch den ihm vorausbezahlten Theil des Kaufgeldes ohne Zinsen zurück. Denn weder ein Vertrag, noch ein Verzug, noch irgend ein anderer besonderer Grund einer gesetzlich anerkannten Billigkeit ist hier vorhanden, welcher den Verkäufer zur Zinsenzahlung verpflichtet²²⁾. Westphal²³⁾ will zwar den Fall ausnehmen, wenn der Verkäufer selbst Zinsen von jenem Gelde bezogen hätte. Allein der Verkäufer mußte ja dann auch die Gefahr des Capitals übernehmen²⁴⁾. Nichts kann nun aber wohl der Billigkeit gemäßer seyn, als daß der, welcher die Gefahr des Anlehns zu tragen hat, auch die Zinsen davon beziehen dürfe²⁵⁾.

§. - 1010.

L. 14. C. de resc. vendit. und *L. 6. Cod. de act. emti et vend.* in offenbarem Widerspruche stehen.

12) *Ant. FABER* de Errorib. Pragmaticor. Dec. XXII. Err. 2. *Io. VOET* Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Henr. HILDEBRAND* Diss. de lege commissoria vendit. adiecta. §. 20. *Io. Ad. Th. KIND* Quaestion. for. Tom. I. csp. 44. pag. 178. *Iul. Frid. MALBLANC* Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 541.

13) Vom Kauf §. 701.

14) *L. 62. D. de rei vindicat.* — cum pecunia periculo dantis foeneretur.

15) *L. 67. §. 1. D. pro socio.* *L. 10. §. 8. D. mandati.*

§. 1010.

Klagen, welche dem Verkäufer wegen des commissorischen Vertrags zustehen.

Die Klage, womit der Verkäufer die Sache nebst den Accessionen und gezogenen Früchten, vermöge des commissorischen Vertrags, von dem Käufer zurückfordert, ist nun, so streitig es auch ehemals unter den ältern Römischen Rechtsgelehrten war ¹⁶⁾, ganz entschieden die *actio venditi* ¹⁷⁾. Sehr merkwürdig ist die Stelle aus des Pomponius libro IX. ad Sabinum, welche nach L. 6. §. 1. D. de contrah. emt. so lautet: *Si fundus annua, bima, trima die, ea lege venisset, ut si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemptus foret: et ut, si interim emtor fundum coluerit, fructusque ex eo perceperit, inempto eo facto, restituerentur; et ut quanti minoris postea alii venisset, ut id emtor venditori praestaret: ad diem pecunia non soluta, placet venditori EX VENDITO eo nomine actionem esse. Nec conturbari debemus, quod inempto fundo facto dicitur actionem ex vendito futuram esse: in emptis enim et venditis potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum est. Et cum lege id dictum sit, apparet, hoc duntaxat actum esse, ne venditor emtori, pecunia ad diem non soluta, obligatus esset: non ut omnis obligatio empti et venditi utrimque solveretur.* Jedoch kann auch die *actio praescriptis verbis* gebraucht werden ¹⁸⁾. Gegen den dritten Besitzer der Sache steht dem Ver-

Ver-

16) Siehe die Not. 37. zu dem §. 1000. S. 226. f.

17) L. 4. pr. D. h. t.

18) L. 2. Cod. de pact. inter emtor. et venditor. S. Hieron. de oroz de Apicibus iur. civ. Lib. III. cap. 7. nr. 4. et 5.

Verkäufer nicht minder die rei vindicatio zu. Mehrere Stellen des Römischen Rechts ¹⁹⁾ gedenken dieser Klage ausdrücklich. Ist nun der commissorische Vertrag unter einer suspensiven Bedingung geschlossen worden, so läßt sich dieses auch leicht erklären, weil hier das Eigenthum nicht auf den Käufer übergeht, so lange das Kaufgeld nicht abgetragen worden ist. Ist hingegen der Vertrag, wie gewöhnlich, unter einer resolutiven Bedingung geschlossen worden, so ist es streitig, in wiefern hier die rei vindicatio Statt finde? Viele ²⁰⁾ wollen diese Klage hier blos in dem Falle für zulässig halten, wenn sich der Verkäufer das Eigenthum vorbehalten, und dem Käufer blos einen precären Besiß eingeräumt hat. Diese Meinung gründet sich auf die L. 3. Cod. de pact. inter emtor. et venditor. compos. wo der Kaiser Alexander auf folgende Art rescribirt: Qui ea lege praedium vendidit, ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur: si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito. Die meisten ²¹⁾ aber unter-

scheid.

19) L. ult. D. h. t. L. 4. Cod. de pact. inter emt. et venditor.

20) *Wesshal* vom Kauf §. 962. u. 963. *WILKENS* Diss de lege commiss. emt. vendit. §. 17. *MALBLANC* Princip. iur. Rom. P. II Sect. II. §. 541. *KIND* Quaest. for. Tom. I. c. 44. pag. 176. und *CÜNTHER* Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1062.

21) *VOET* Comm. ad Pand. h. t. §. 2. *STRUV* Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 36. et *MÜLLER* ad *Eundem* not. §. de *BERGER* Oeconom. iur. Lib. III. Tit. V. Th. 7. Not. 1. Lib. B. a *WERNHER* select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 228. *LAUTERBACH* Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6. 7. 12. et 13.

scheiden, ob der Vertrag *verbis directis* oder *verbis obliquis* gefaßt worden. In dem ersten Falle, wenn es z. B. in dem Vertrage heißt, der Kauf soll für nicht geschlossen gehalten werden, er soll *ipso iure* nichtig seyn; könne die Sache vindicirt werden. In dem letztern Falle aber, wenn der Vertrag z. B. so lautet, der Käufer solle schuldig seyn, die Sache zu restituiren, finde nur die *actio venditi* Statt. Eben dahin deutet auch wohl nur der Unterschied, den Gerhard Noodt²²⁾ zwischen dem Vertrage, *ut fundus inemptus sit*, und dem Vertrage, *ut fundus inemptus fiat*, macht. Vergleichen wir die hierüber vorhandenen Gesetze des Römischen Rechtes, so kann wohl nicht geläugnet werden, daß, wenn der commissorische Vertrag so gefaßt ist, wie die Formel desselben *L. 2. und L. 8. D. h. t.* lautet: *Si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit*, die Reivindication gegen jeden dritten Besizer der Sache Statt finde. Denn soll der Kauf auf den Fall, da das Kaufgeld nicht zur gesetzten Zeit bezahlt werden wird, für nicht geschlossen gehalten werden, so fällt, wenn diese Bedingung eintritt, das Eigenthum *ipso iure* an den Verkäufer zurück, als wenn es gar nicht wäre übertragen worden²³⁾. Die Eri-

stenz

STRYK *Ul. mod. Pand. h. t. §. 4.* HOFACKER *Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1968.*

22) *Commentar. ad Dig. h. t. §. fin. pag. 400.*

23) Die Worte der *L. 5. D. h. t.* *Sed si fundus revertisset*, in der Verbindung, in welcher sie stehen, lassen sich allerdings mit *Jos. FINESTRES* in *Hermogeniano ad L. 7. D. h. t. §. 1. pag. 454.* so erklären; besonders wenn man bedenkt, daß auch das Pfandrecht erlischt, welches der Käufer während seines Be-

Be.

stanz dieser Bedingung vernichtet daher unstreitig das Geschäft rückwärts²⁴⁾. Es ist dieses auch ganz der Natur dessen gemäß, was die Gesetze commissum, verwirkt, nennen. So sagt nämlich Ulpian L. 14. D. de publican. Quod COMMISSUM est, statim desinit eius esse, qui crimen contraxit, dominiumque rei vectigali acquiritur; eapropter commissi persecutio, sicut adversus quemlibet possessorem, sit et adversus heredem competit. Allein daß die Resolutivbedingung dieses Vertrags nicht immer so ausgedrückt wurde, wie jene Formel lautet, sondern daß man sich auch anderer Worte und Formeln dabey bedient habe, lehrt die oben angeführte L. 3. Cod. de pactis inter emptor. et vendit. wo statt: ut fundus inemptus sit, die Worte: ut praedium ad venditorem reverteretur, oder wie es L. 1. C. eodem heißt: dominium ad venditorem pertineret²⁵⁾, gebraucht worden sind. Sollte also hier die beygefügte Resolutivbedingung nicht gleiche Wirkung haben, wie in jenem Falle? Nein, sagt man, weil die L. 3. C. cit. dem Verkäufer die Reivindication ausdrücklich versagt. Con-

dero.

Besitzes einem Dritten auf der Sache bestellet hat. L. 31. D. de pignor. et hyp. Das auf den Käufer übertragene Eigenthum wird also offenbar ex tunc resolvirt. S. den 8. Th. dieses Commentars 1. Abth. §. 577; S. 76. ff.

24) S. Hug: DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XVI. c. 19. §. Re inempta. BACHOV Not. et Animadvers. ad Treutlarum Vol. I. Disput. XXVIII. Th. 9. lit. D. MUSSCHENBROEK Diss. de lege commissoria Cap. I §. Vi porro, pag. 645. de COCCÉJI iur. civ. controvers. h. t. Qu. 5. et 7. et EMMINGHAUS ad Eundem not. f. Tom. II. pag. 395.

25) L. 31. D. de pign. et hyp. heißt es auch: fundus ad dominum redeat.

derbar. Sind denn die Worte: *ad se reverteretur* nicht eben so gut *verba directa*, als die Worte *res inempta fit*? Sie drücken ja den Effect des Vertrags, Rückfall des Eigenthums, noch bestimmter aus. Und kommt es denn überhaupt bey *bonae fidei Contracten* auf den Unterschied der Formel an? Es ist daher entweder mit *Thibaut*²⁶⁾ anzunehmen, daß die *L. 3. Cod. cit.* sich bloß auf einen bestimmten Fall beziehe, wo die *vindication*, weil die auflösende Bedingung noch nicht eingetreten war, nicht Statt fand, sondern nur die *Contractsklage ad implendum* gebraucht werden konnte; oder daß, wie *Teisterhant*²⁷⁾ will, das Gesetz gar nicht vom commissorischen Vertrage rede, welches letztere ich jedoch nicht behaupten möchte.

§. IOII.

Der Verkäufer kann sich auch seines Rechts begeben. In wiefern ist dem säumigen Käufer *morae purgatio* erlaubt?

Tritt die Bedingung des commissorischen Vertrags ein, so hängt es von der Wahl des Verkäufers ab, ob er sich des ihm nach dem Vertrage zustehenden Rechts, den Handel aufzuheben, bedienen wolle, oder nicht. Denn der Vertrag ist bloß zu seinem Vortheil beygefügt. Der Verkäufer kann also nach seinem Gefallen entweder noch auf
die

26) Civilistische Abhandlungen. Abhandl. 17. (Heidelberg 1814.) Nr. II. S. 377.

27) *Observation. et Emendationum lib. un. (Brunovici 1706.).* Cap. XVII. pag. 123. sqq.

die Erfüllung des Contracts bringen, oder auf Zurückgabe der Sache mit den Früchten klagen. Wollte man ihm diese Wahl nehmen, so würde es in der Macht des Käufers stehen, durch Zurückhaltung des Kaufgeldes das Geschäft selbst rückgängig zu machen, um den Schaden des Zufalls, welcher vielleicht die Sache unterdessen betroffen hat, nicht tragen zu dürfen. Diesen Grund braucht auch Pomponius L. 2. D. h. t. wo er sagt: *Cum venditor fundi in lege ita caverit, si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur*: nam si aliter acciperetur, exusta villa, in potestate emtoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset. Und Ulpian fügt L. 3. eodem noch hinzu: Nam legem commissoriam, quae in venditionibus adjicitur, si volet, venditor exercebit, non etiam invitus. Der Verkäufer kann daher auch seinem Recht, den Handel aufzuheben, entsagen, welches denn auch stillschweigend dadurch geschieht, wenn er nach Ablauf des Zahlungstermins das Kaufgeld oder auch nur einen Theil desselben angenommen, oder den Kaufpreis oder die Zinsen davon gerichtlich oder außergerichtlich eingefordert hat²⁸⁾. Hat er aber etwamahl gewählt, so muß es dabey bleiben, und es findet nach

28) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. Weßphal vom Kauf §. 196. u. 697. Gebr. Oberhel Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. B. Med. 140.

nachher wider des Käufers Willen keine weitere Aenderung Statt ³⁰⁾).

L. 6. §. 2. D. h. t. Post diem lege commissoria comprehensum, venditor partem reliquae pecuniae accepit. Respondit, si post statutum diem reliquae pecuniae, venditor legem dictam non exercuisset, *et partem reliqui debiti accepisset, videri recessum a commissoria.*

L. 7. D. eodem. Post diem commissoriae legi praestitutum, *si venditor pretium petat, legi commissoriae renunciatum videtur, nec variare, et ad hanc redire potest.*

L. 4. Cod. de pact. inter emtor. et vendit. Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, *sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.*

Man behauptet zwar gewöhnlich, der Verkäufer müsse sich sogleich nach Ablauf der festgesetzten Zahlungszeit erklären, ob er von seinem Recht Gebrauch machen wolle, oder nicht. Denn vor erfolgter Erklärung sey dem Käufer noch morae purgatio erlaubt ³¹⁾. Es scheint auch

30) *L. 75. D. de div. reg. iur.* Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam. *S. Jacob. Cujacius Commentar. in libr. III. Responsor. Papiniani ad L. 7. D. h. t. (Operum posthumor. Tom. I. edit. Fabroti pag. 146)*

31) BERGER *Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 7. not. 4.* LEYSER *Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCVII. medit. 4.* SCHAUMBURG *Comp. iuris Dig. h. t. §. 3.* *Thibaut Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 959. u. a. m.*

auch die L. 4. §. 2. D. h. t. diese Meinung zu begünstigen, wo Ulpian sagt: *Eleganter PAPINIANUS libro III. Responsorum scribit, STATIM, atque commissa lex est, statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere: nec posse, si commissoriam elegit, postea variare.* Allein das Gesetz sagt von der morae purgatio kein Wort. Ueberdem wäre in der That der Ausdruck *statim, atque commissa lex est*, eine viel zu schwankende Bestimmung, wenn dem Verkäufer hierdurch zur Ausübung seines Rechts ein peremptorischer Termin hätte vorgeschrieben werden wollen. Man hat dieses auch wohl eingesehen. Daher giebt man selbst zu, es sey dieses nicht so *confestim et sine ullo intervallo*, sondern *cum aliquo laxamento temporis* zu verstehen, welches dem richterlichen Ermessen zu überlassen sey, oder wenigstens einen Zeitraum von zehn Tagen ausfüllen müsse³²⁾. Allein alles dieses ist viel zu willkürlich, um davon den Verlust eines Rechts abhängig zu machen, wovon das Gesetz auch nicht entfernt spricht. Ueberdem steht jener Meinung entgegen, daß mit dem Eintritt der Bedingung des commissorischen Vertrags das Recht des Säumigen erloschen ist. *Finita est emtio*, sagt Ulpian L. 4. pr. D. h. t. Mit welchem Recht soll also der Käufer dem Verkäufer das Kaufgeld aufdringen dürfen, wenn dieser sich, vermöge der ihm nach den Gesetzen zustehenden Wahl, seines Rechts, den Handel aufzuheben, bedie-

32) Arg. L. 21. §. 1. D. de constit. pecun. S. Ios. FINESTRES Hermogen. ad L. 7. D. h. t. §. 4. pag. 456. van MUSSCHENBROEK Diss. de lege commissoria Cap. I. in fine und KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 44. pag. 175.

bedienen will? Vergeblich beruft man sich auf die *L. 73. §. 2. D. de verbor. obligat.* wo Paulus sagt: *promissor post moram offerendo purgat inoram.* Denn man erwäge, daß die Anbietung der schuldigen Sache zwar für die Zukunft gegen die Folgen des Verzugs schützt, z. B. wenn die schuldige Sache nachher zu Grunde geht; aber die schon verwirkte Strafe des Verzugs wird dadurch nicht aufgehoben³³⁾. Dies ist nun aber hier der Fall. Klare Gesetze verordnen hier, daß die Wirkung des commissorischen Vertrages sofort eintreten solle, als der zur Erfüllung des Contracts gefetzte Termin verstrichen ist.

L. 23. pr. D. de receptis. CELSUS ait, si arbiter intra Calendas Septembres dari iusserit, nec datum erit: licet postea offeratur, attamen semel commissam poenam compromissi non evanescere: quoniam semper verum est, intra Calendas datum non esse.

L. 23. D. de obligat. et actionib. Trajectitiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, poena (uti adsolet) ob operas eius, qui eam pecuniam peteret, in stipulationem erat deducta: is, qui eam pecuniam petebat, parte exacta petere desierat: deinde interposito tempore interpellare instituerat. Consul- tus respondit, eius quoque temporis, quo interpellatus non esset, poenam peti posse: amplius etiam, si omnino interpellatus non esset: nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetit, quominus solveret. De illo sane potest dubitari,

33) *S. Hug. DONELLUS Commentar. ad Tit. Dig. de verbor. obligationib. ad L. 91. §. 3. h. t. nr. 6. pag. 391. sq.*

tari, si interpellatus ipse moram fecerit: an, *quamvis pecuniam postea offerat, nihilominus poena committatur?* Et hoc RECTIUS dicitur: — Hoc idem dicendum, si cum quid ea lege venierit, *ut nisi ad diem pretium solutum fuerit, inempta res fiat.* African entscheidet hier gerade die Frage, ob morae purgatio Statt finde, wenn der Schuldner nach Ablauf des Zahlungstermins noch Zahlung anbietet? Er entscheidet sie verneinend: *Quamvis pecuniam postea offerat debitor morosus, sagt er, nihilominus poenam committi, rectius dicitur.* Dieses begründet er durch die Beispiele eines mittelst einer Conventionalstrafe bestärkten Compromisses, in dessen Gemäßheit der Schiedsrichter den Beklagten zur Zahlung verurtheilt hatte, und des commissorischen Vertrags; und Cujaz³⁴⁾ giebt hiervon den ganz treffenden Grund an: *quod inter contrahentes id agi intelligitur, ut qui semel, ad diem non soluta pecunia, in poenam incidere, solvere se ab ea non possit, ne alioquin dies et poena praescribatur frustra.* Diese Meinung hat auch die Auctorität mehrerer berühmter Rechtsgelehrten³⁵⁾ für sich.

§. 1012.

34) Comm. ad Africanum Tract. VII. ad L. 23. D. de obligat. et action.

35) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 6. SAM. DE COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. WESTPHAL vom Kauf §. 696. Christ. Henr. BREUNING Quaest. iur. controv. An mora purgari possit oblato pretio in venditione sub pacto legis commissoriae. Lipsiae 1771. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1969.

§. 1012.

Auch bey andern Contracten kann der commissorische Vertrag hinzugefügt werden. Aber nie wird er vermuthet.

Nicht blos bey'm Kauf, sondern auch bey andern Verträgen und Contracten, z. B. bey Eheverlöbniſſen³⁶⁾, bey'm Pacht, Tausch, Transact³⁷⁾, auch bey'm Darlehn kann die lex commissoria hinzugefügt werden, wenn nämlich verabredet wird, daß wenn der Schuldner mit der Bezahlung der Zinsen in einem Termin nicht richtig einhalten würde, der Contract sofort, und ohne weitere Aufkündigung, aufgehoben, und der Gläubiger das ganze Kapital auf einmal zu fordern berechtiget seyn solle³⁸⁾. Es treten denn hier auch eben die Grundsätze ein, welche wegen des commissorischen Vertrags gemeinrechtlich sind. Nur der Pfandcontract ist ausgenommen, bey welchem die Gesetze diesen Vertrag verbieten, wovon schon an einem andern Orte ausführlicher gehandelt worden ist³⁹⁾.

Ohne ausdrückliche Beyfügung wird übrigens der commissorische Vertrag bey keinem Rechtsgeschäft vermuthet. Ohne diesen Vertrag kann daher nur auf Erfüllung, nicht auf Rescission des Contracts, geklagt werden. Mit

II 2

Recht

36) BERGER Oeconom. iuris Lib. I. Tit. 3. Th. 4.

37) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 24. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCVII. Cor. 1. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 11. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 3. HILDEBRAND Diss. de lege commissoria §. 21. UND ENGELBRECHT Diss. cit. §. 28 — 30.

38) S. Io. Ad. Th. KIND Quaestio. for. Tom. I. cap. 44. pag. 181. sqq.

39) S. Th. XIV. §. 869.

Recht rescribiren daher die Kaiser Diocletian und Maximian L. 8. *Cod. de contrah. emt. et vendit.* ⁴⁰⁾ gegen den Verkäufer, wenn sie ihm blos die Klage gegen den Käufer auf die Bezahlung des Kaufgeldes, aber keine Zurückforderung der dem Käufer bereits übergebenen Sache gestatten. Selbst alsdann, wenn die Zahlung des Kaufgeldes an einem bestimmten Tage versprochen worden, und nicht erfolgt ist, hört die Gültigkeit des Contracts an sich nicht auf, sondern der säumige Käufer ist dann nur zur Entschädigung des Verkäufers gehalten ⁴¹⁾. Mehrere Rechtsgelehrten ⁴²⁾ wollen zwar bey den Subhastationen eine Ausnahme machen. Sie glauben, es hänge von der Willkühr des subhastirenden Richters, oder vielmehr derjenigen ab, welche dabey interessirt sind, ob sie den Meistbietenden zur Erlegung des Kaufpreises anhalten, oder das Gut aufs neue subhastiren lassen wollen. Allein in den Gesetzen ist diese Meinung nicht gegründet. Auch die Subhastation ist eine Art des Kaufs, und richtet sich nach der Natur desselben. Es kann daher auch eine Subhastation, wegen nicht bezahlten Kaufgeldes, eben

40) *Si non donationis causa, sed vere vineas distraxisti, nec pretium numeratum est, actio tibi pretii, non eorum, quae dedisti, repetitio competit.*

41) *L. 14. Cod. de resc. vendit. L. 12. Cod. de rei vind. L. 6. C. de act. emti et vend. VOET Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 21. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCIV. med. 3.*

42) *10. Heur. de BERGER Oecon. iuris Lib IV. Tit. 29. Th. 3. not. 11. Christoph. Lud. CRELL Diss. Legem commissoria subhastationibus tacite inesse. Vitembergae 1746. und HILDEBRAND Diss. de lege commissoria. §. 5.*

eben so wenig, als ein anderer Kauf, aufgehoben werden, wosern nicht durch particuläre Landesgesetze ein Anders verordnet ist ⁴³). Ist dieser Fall nicht vorhanden, so ist kein Grund abzusehen, einer Subhastation Eigenschaften und Wirkungen beyzulegen, die nicht aus der Natur der Sache folgen ⁴⁴). Zwar ist es an sich richtig, daß das Eigenthum der Sache auch nicht einmal durch die Uebergabe auf den Käufer übergeht, wenn ihm die Sache weder auf Credit verkauft, noch von ihm das Kaufgeld bezahlt worden ist. Allein eben so unbezweifelt ist es auch, daß doch der Contract selbst schon durch die erfolgte Adjudication seine Vollkommenheit erhalten habe. Der Käufer hat also durch dieselbe ein so vollkommenes Recht erlangt, daß ohne seine Einwilligung der Contract nicht wieder aufgehoben werden kann. Man kann allerdings zugeben, daß jeder Adjudicationsbescheid die stillschweigende Bedingung enthalte, daß, wosern die Bezahlung der Kaufgelder in der gesetzten Zeit nicht erfolgt, der Käufer sich die anderweitige Subhastation des Grundstücks auf seine Gefahr und Kosten gefallen lassen müsse ⁴⁵); dennoch ist auch darin keine lex commissoria enthalten, nämlich so, daß der Käufer mit dem Augenblick der nicht zur gehörigen Zeit erfolgten Zahlung alles Recht

aus

43) B. E. in Sachsen, vermöglicher verbesserten Gerichtsordnung Tit. 39. §. 17.

44) Man sehe MADIHN Diss. de effectu legis commissoriae parte pretii soluta. §. 3. und KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 44. pag. 179.

45) Dieß ist auch in der allgemeinen Preussischen Gerichtsordnung 1. Th. Tit. 52. §. 62. verordnet.

aus der erhaltenen Adjudication verlohren habe. Nein! der Contract bleibt dergestalt in seinen Würden, daß nicht nur die Unglücksfälle, welche der Licitant von dem Tage des publicirten Adjudicationsbescheides an übernehmen muß, den Käufer treffen, sondern demselben auch bis zur erfolgten anderweitigen Subhastation und Adjudication moram zu purgiren, und durch Erfüllung des Contracts der Execution, oder Subhastation und Adjudication vorzubeugen frey stehen muß⁴⁶⁾.

46) S. Ernst Ferd. Klein's Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten. 5. B. S. 156. ff.

Lib. XVIII. Tit. IV.

De hereditate vel actione vendita.

§. 1013.

I. Verkauf der Erbschaften. 1) In wiefern ist ein solcher Kauf gültig?

Auch unkörperliche Sachen können ein Gegenstand des Kaufs seyn. Dahin gehören unter andern Erbschaften und Klagen, von deren Verkauf in diesem Titel gehandelt wird.

I. Bey dem Verkaufe der Erbschaften⁴⁷⁾ kommt es 1) auf die Frage an, in wiefern ein solcher Kauf gilt? Es sind hier folgende Fälle zu unterscheiden.

A) Die Erbschaft wird als eine noch künftige verkauft. Ein solcher Kauf war 1) nach dem Rechte der Pandecten schlechterdings ungültig, weil man eine noch künftige Erbschaft nach der Regel: *viventis non est hereditas*, als eine nicht existirende Sache ansah.

Pom-

47) *Christ. Lud. CKELÉ* Thes. iuris civ. de hereditate vendita. *Vitemb. 1752.* Io. *Melch. Gottl. BRÖCKE* de alienatione hereditatis ad explicandam L. 2. D. de hered. vel act. vendit. *Halae 1774.* 8. und *Westphal* vom Kauf. §. 835. ff. S. 625 — 652.

Pomponius erklärt einen solchen Kauf, der über die künftige Erbschaft einer noch lebenden Person geschlossen worden ist, geradezu für nichtig, wenn er *L. 1. D. h. t.* sagt: *Si hereditas venierit eius, qui vivit, aut nullus est, nihil esse actis quia in rerum natura non fit, quod venierit.* Und Paulus erfordert *L. 7. D. eodem* ausdrücklich zur Gültigkeit des Geschäfts, daß eine Erbschaft wirklich existire. *Cum hereditatem aliquis vendidit, sagt er, esse debet hereditas, ut fit emptio.* *Nec enim alea emittitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio, et ideo pretium condicetur.* Verbinden wir noch damit den Begriff, den Julian *L. 62. D. de reg. iuris* von hereditas giebt, wenn er sagt, sie sey nichts anders, als *successio in universum ius, quod DEFUNCTUS habuit*; so ist es nun wohl begreiflich, warum die Römischen Rechtsgelehrten eine noch künftige Erbschaft für keinen Gegenstand eines gültigen Kaufs hielten ⁴⁸⁾. Zwar scheint sich Ulpian *L. 2. §. 2. D. h. t.* wo er die Meinung ausführt, daß der Käufer der väterlichen Erbschaft die Erbschaft des Pupillen nicht ansprechen könne, wenn sie ihm nicht von dem Substituten des Pupillen ausdrücklich mit verkauft worden ist, auf eine Art zu äußern, welche es zweifelhaft macht, ob nicht auch schon nach den Gesetzen der Pandecten eine noch künftige Erbschaft habe verkauft werden können. Er sagt nämlich:

Plane

48) *S. Ant. FABER Rational. in Pand. ad L. 1. D. h. t. Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 400. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Pandect. h. t. §. 4. et 5. und Schömann Handb. buch des Civilrechts 2. B. S. 185.*

Plane, si hoc actum sit, dicendum erit, etiam impuberis hereditatem in venditionem venire, *MAXIME si iam delata impuberis hereditate venierit hereditas.* Allein die Ausleger sind hier einverstanden, daß das Wort *maxime* hier nicht den sonst gewöhnlichen implicativen Sinn habe, so daß es auch den contrairten Fall enthalte; sondern es sey hier vielmehr einschränkend, entweder nach Anton Faber ⁴⁹⁾ für *scilicet*, oder nach Bronchorst ⁵⁰⁾, dem auch Pothier ⁵¹⁾ beistimmt, für *utique* zu nehmen ⁵²⁾. Man könnte aber auch immerhin die gewöhnliche Bedeutung von *maxime* beybehalten, und mit Doneau ⁵³⁾ annehmen, die Erbschaft des Pupillen habe auch eben sowohl vor deren Anfall von dem Substituten desselben verkauft werden können; dennoch würde daraus nicht nothwendig folgen, daß der Pupill zur Zeit des über seine Erbschaft geschlossenen Kaufs noch gelebt haben müsse. Es könnte ja seyn, der Erbe wäre dem Pupillen unter einer Bedingung substituirt worden, die zur Zeit des geschlossenen Kaufs noch nicht existirte. Hier war nun allerdings durch den Tod des Pupillen eine Erbschaft vorhanden, wenn sie gleich dem Substituten desselben noch nicht defecirt war. Es ist jedoch selbst nach den Gesetzen der Pandecten

49) Rational. in Pand. ad h. L.

50) Enantiophan. Centur. I. Assert. 30.

51) Pand. Justin. h. t. Nr. XXI. not. g. S. auch NOODT Comment. h. t. pag. 401.

52) So J. B. kommt auch in der L. 9. D. de usurpat. et usucap. diese Bedeutung vor. S. Christoph. Phil. RICHTER de Significatione Adverbior. Voc. *Maxime*. pag. 463. in fin. et sq.

53) Hug. DONELLUS Commentar. ad Cod. Lib. II. Tit. 3. ad L. ult. de pactis nr. 6.

decken ein Fall auszunehmen, wo sogar der Vertrag über die künftige Erbschaft einer noch lebenden Person an sich nicht für ungültig gehalten wurde, nämlich wenn sie blos als ein ungewisser Gewinn dem Andern verkauft worden ist. Hier wird der Handel als eine *emptio spei* angesehen. Daß hier das Geschäft für gültig zu halten sey, läßt sich aus *L. 3. §. 2. D. pro socio* nicht undeutlich schließen. Denn wenn es daselbst heißt: *ut si qua iusta hereditas alterutri obuenerit, communis fit*, so verstehet man solches von der künftigen Erbschaft einer dritten unbestimmten Person, nach der Erklärung des *Accursius* ⁵⁴⁾. Eine andere Stelle aus den Pandecten, welche man gewöhnlich noch hlerher zieht, scheint mir aber nicht von diesem Falle zu reden. Es ist die *L. 11. D. h. t.* wo *Ulpian* sagt: *Nam hoc modo admittitur esse venditionem: si qua hereditas est tibi emta, et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus.* Der Zusammenhang derselben mit der vorhergehenden *L. 11. h. t.* lehrt deutlich, daß hier von einer schon befehrten, aber noch streitigen und ungewissen Erbschaft die Rede sey ⁵⁵⁾. 2) Nach dem Recht des *Codex* kann man aber auch sogar über die künftige Erbschaft einer dritten noch lebenden bestimmten Person, welche man dereinst zu hoffen hat, einen Kauf mit Jemand schließen, wenn es nur mit Einwilligung des Dritten geschieht, und dieser nicht seinen

54) *S. Ant. FABER Rational. in Pand. ad L. 3. §. 2. D. Pro Socio.* und *HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. G. Tom. II. §. 1400. et Tom. III. §. 1940. A.*

55) *S. Ant. FABER Rational. in Pand. ad h. L. 11. D. h. t.* und *Westphal vom Kauf §. 370.*

seinen Willen noch vor seinem Tode wieder ändert. Denn ein solcher Handel gilt nur unter den Contrahenten. Der Dritte ist hingegen an seine Einwilligung nicht gebunden. Er kann daher, wenn er will, noch immer ein Testament machen, und hierdurch die Wirksamkeit des Vertrags vereiteln. Die hieher gehörige Verordnung des Kaisers Justinian vom Jahr 531. *L. ult. Cod. de pactis* lautet folgendermassen:

De quaestione tali a Caesariensi advocacione interrogati sumus: Duabus vel pluribus personis spes alienae hereditatis fuerat ex cognatione forte ad eos devolvendae: pactaque inter eos inita sunt pro adventura hereditate; quibus specialiter declarabatur: *Si ille mortuus fuerit, et hereditas ad eos pervenerit, certos modos in eadem hereditate observari: vel, si forte ad quosdam ex his hereditatis commodum pervenerit, certas pactiones evenire.* Et dubitabatur, si huiusmodi pacta servari oporteret. Faciebat autem eis quaestionem, quia adhuc superstitie eo, de cuius hereditate sperabatur, huiusmodi pactio processit: et quia non sunt ita confecta, quasi omnimodo hereditate ad eos adventura, sed sub duabus conditionibus composita sunt, *si ille mortuus fuerit, et si ad hereditatem vocentur hi, qui huiusmodi pactionem fecerunt.* Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae esse videntur, et plenae tristissimi et periculosi eventus. Quare enim, quodam vivente et ignorante, de rebus eius quidam paciscentes conveniunt? Secundum veteres itaque regulas sancimus, omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli, et nihil ex his pactionibus

nibus observari: nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit, et in ea usque ad extremum vitas suae spatium perseveraverit: tunc etenim sublata acerbissima spe, licebit eis, illo sciente et iubente huiusmodi pactiones servare.

Ohne die Einwilligung des Dritten ist der Vertrag nach dem Römischen Recht auch selbst unter den Contracten nichtig, und wegen der hier vermutheten unlautern Absicht derselben in den Gesetzen so verfaßt, daß wenn auch der Anfall der Erbschaft nachher eintritt, dennoch dieselbe keinem zu Theil wird, sondern an den Fiskus fällt, wie aus L. 2. §. ult. D. de his, quas ut indignis aufer. L. 29. §. ult. et L. 30. D. de donat. erhellet. Allein die Grundsätze des heutigen Rechts weichen hierin von dem Röm. Rechte ab. Heut zu Tage gilt der Vertrag über die Erbschaft einer bestimmten dritten Person auch ohne deren Einwilligung unter den Paciscenten⁵⁶⁾; und hat

56) *S. Tob. Jac. REINHARTH* Diss. de pacto circa hereditatem tertii ignorantis certi bonis moribus non refragante, adeoque tam iure naturae, quam moribus Germanorum valido. *Erfor-
diae 1718.* SCHILTER Pfax. iur. Rom. Exercit. XXX. §. 59. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 59. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. II. §. 1402. et §. 1615. H ö p f n e r Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 737. S. 800. ff. und Thibaut System des Pandectenrechts 2. Th. §. 678. und §. 839. D. Anderer Meinung sind zwar LAUTER-
BACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 2. BERGER Oecon. iur. Lib. II. Tit. IV. Th. 48. not. 1. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCLXXV. medit. 27. und PUFENDORF Ob-
servat. iur. univ. Tom. III. Obs. 12. Allein *Ad. Franc. HEBE-
STREIT* in Diss. Vindiciae veri valoris pactorum successoriorum tam iure Rom. quam Germ. adversus errores Interpretum.

Erfor-

hat der Dritte den Kauf genehmiget, so kann er seine Genehmigung nicht einseitig widerrufen, weil heutigen Tages sich jeder der Freiheit zu testiren gültig begeben kann⁵⁷⁾.

B. Wird eine Erbschaft als eine bereits existierende verkauft, für welche sie nur erst dann zu halten ist, wenn gewiß ist, daß derjenige gestorben sey, über dessen Nachlaß der Handel geschlossen worden; so lassen sich wieder zwey Fälle gedenken, nämlich a) die Erbschaft war dem Verkäufer noch nicht deferirt. Z. B. die Erbschaft ist dem Verkäufer unter einer Bedingung hinterlassen worden, und er verkauft die Erbschaft, ehe noch die Bedingung existirt; oder der Substitut verkauft sein Substitutionsrecht, ehe noch der Substitutionsfall eingetreten war. Hier ist der Kauf gültig, er gilt nämlich als ein Hofnungskauf⁵⁸⁾. Wird nachher noch dem Verkäufer die Erbschaft deferirt, so muß er sie dem Käufer überlassen, schlägt die Hofnung aber fehl, so kann der Käufer deshalb keine Entschädigung weiter fordern. Der Käufer muß hier den nachtheiligen Ausgang der Bedingung, wie bey einem Glücksspiele, tragen. Man kann von diesem Falle folgende Gesefstellen verstehen.

L. 10.

Erfordiae 1768. §. 62 — 68. hat diese Meinung ausführlich widerlegt.

57) *S. 10. Flor. RIVINI* Diff. de pactis successoriis. *Lipsiae 1730.* Cap. III. §. 13. *Just. Elapxoth* Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingebung der Verträge und Contracte 2. Th. §. 280. *S. 818.* *WERNHER* Select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obf. 145.

58) *BESECKE* cit Commentat. Cap. V. §. 50. sqq. und *CRELL* Thes. iur. civ. cit. de hereditate vendita. Th. 2. et 4.

L. 10. D. h. t. Quod si in venditione hereditatis id actum est, si quid iuris esset venditoris, venire, nec postea quicquam praestitutum iri: quamvis ad venditorem hereditas non pertinuerit: nihil tamen eo praestabitur, quia id actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emptorem pertineret.

L. 11. eodem. Nam hoc modo admittitur esse venditionem: si qua sit hereditas, est tibi emta: et quasi spes hereditatis. Ipsum enim incertum rei veneat, ut in retribus.

L. 13. D. eodem. Quod si sit hereditas, etsi non ita convenit, ut, quidquid iuris haberet venditor, emptor haberet, tunc heredem se esse, praestare debet: illo vero adjecto, liberatur venditor, si ad eum hereditas non pertineat.

Da hier der Gegenstand des Handels eine bloße spes hereditatis ist, wie Ulpian sagt in der angeführten *L. 11. h. t.*, dessen Leistung von einer Casualbedingung abhängt; so steht hier weder die *L. 7. h. t.* wo Paulus sagt, quod esse debeat hereditas, ut sit emtio, noch die *L. 42. D. de acquir. rer. dom.* wo eben dieser Paulus lehrt, Substitutionem, quae nondum competit, extra bona nostra esse, unserer Behauptung entgegen. Denn auch eine bloße spes debitum iri gehört zu unserm Vermögen ⁵⁹⁾.

Nach den Fragmenten des Antejustinianischen Rechts war zwar ein großer Unterschied zwischen dem bloßen Verkauf einer noch nicht angetretenen Erbschaft,
und

59) *S. 14. l. de Verb. obligat.*

und der feyerlichen Cession derselben in iure. Denn die letztere konnte nur von einem gesetzlichen Erben vor der Antretung der Erbschaft, von einem Testamentserben aber nur nach der Antretung derselben geschehen. So lehrt Ulpian Tit. XIX. seiner Fragmente §. 12. et 13. ⁶⁰⁾, wo er sagt: *Hereditas in iure ceditur, vel antequam adeatur, vel postquam adita fuerit. Antequam adeatur, in iure cedi potest a legitimo herede: posteaquam adita est, tam a legitimo, quam ab eo, qui testamento heres scriptus est.* Die Wirkung war in beyden Fällen ganz verschieden. Denn in dem erstern Falle wurde der Cessionar Erbe, nicht anders, als wenn ihm selbst die Erbschaft von dem Gesetz wäre deferirt worden; in dem letztern aber blieb es der Cedent, der einmal durch die Antretung Erbe geworden war, wie eben dieser Ulpian §. 14. sagt: *Si, antequam adeatur hereditas, in iure cessa est, perinde heres fit, cui cessa est, ac si ipse heres legitimus esset. Quod si postea, quam adita fuerit, in iure cessa sit, is, qui cessit, permanet heres.* Den Grund, warum nur eine gesetzliche, aber keine testamentarische Erbschaft vor der Antretung habe cedirt werden können, haben Cuzjaz ⁶¹⁾ und Anron Faber ⁶²⁾ untersucht, und ihn theils in den Gesetzen der zwölf Tafeln, theils in dem stillschweigenden Willen des Erblassers zu finden geglaubt. Der ganze Unterschied hat jedoch mit Aufhebung der alten cessio in iure aufgehört ⁶³⁾.

b) Die

60) In SCHULTING Jurisprud. Antejust. pag 624.

61) Observation. Lib. XVIII. cap. 11.

62) De errorib. Pragmaticor. Decad. LXX. Err. 9.

63) S. Westphal vom Kauf §. 835. POTHIER Pandect. Justin. h. t. Nr. XXV. pag. 504. und BESEKE §. 64.

b) Die Erbschaft ist, als eine dem Erben bereits angefallene und von demselben angetretene, verkauft worden. Hier ist nicht nur der Kauf gültig, sondern der Verkäufer muß auch für die Nichtigkeit der Erbschaft stehen. Kann er sie dem Käufer nachher nicht gewähren, so muß er ihm das Interesse leisten, und das bereits bezahlte Kaufgeld kann der Käufer mit der *condictio sine causa* zurückfordern⁶⁴⁾; es wäre denn, daß der Verkäufer seinen Erbsanspruch als noch ungewiß und streitig dem Käufer überlassen hätte. Hier muß sich dann der Käufer auch natürlich den nachtheiligen Ausgang des Processes, wie bey einer *emptio spei*, gefallen lassen⁶⁵⁾. Hätte hingegen der Verkäufer betrüglich gehandelt, und seine Ansprüche an der Erbschaft nur für streitig ausgegeben, da er doch gewußt, daß sie offenbar ungegründet sind, so haftet er billig wegen des Betrugs⁶⁶⁾. Der Verkäufer ist jedoch nicht nur, wenn gar keine Erbschaft vorhanden ist, zur Leistung des Interesse verbunden⁶⁷⁾, sondern auch, wenn er diejenige Art der Erbschaft nicht gewähren kann, welche er verkauft hat, und die daher der Käufer zu erwarten berechtigt war. Z. B. er hat die Erbschaft, die nur eine fideicommissarische war, als eine directe verkauft. Paulus führt diesen Fall in der *L. 16. D. h. t. an*, wo er sagt: *Si quasi heres vendideris hereditatem, cum tibi ex Senatusconsulto Trebelliano*⁶⁸⁾ *restituta*

64) *L. 7. D. h. t.*

65) *L. 10. 11. et 13. D. eodem.*

66) *L. 12. D. h. t.*

67) *L. 8. et 9. D. h. t.*

68) POTHIER in *Pand. Justin. h. t. Nr. XXIII. not. k.* hält die Worte *ex SCto Trebelliano* für einen Tribonianismus, welche den

stituta esset hereditas, quanti emtoris intersit, teneberis. Das Interesse des Käufers ist hier um so bedeutender, je wichtiger der Unterschied zwischen einem directen Erben und einem Fideicommissar ist, wenn man auch den Abzug der Trebellianischen Quarte hierbey nicht blos in Anschlag bringen wollte⁶⁹⁾. Für die Größe der Erbschaft darf jedoch der Verkäufer nicht haften, wosern sie nicht nach einem Inventar verkauft worden ist. Paulus sagt *L. 14. §. 1. D. h. t.* Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet: quanta autem hereditas est, nihil interest: und *Cajus* setzt *L. 15. D. eodem* hinzu: nisi de substantia eius affirmaverit.

§. 1014.

2) Rechte und Verbindlichkeiten zwischen dem Käufer und Verkäufer einer Erbschaft.

Soviel hiernächst 2) die aus dem Verkaufe einer Erbschaft entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten unter

den Worten ex *SCto Pegasiano* wären substituirt worden. Allein die *Trebellianische*, oder wie sie vielmehr zu *Paulus* Zeiten genennt wurde, die *Pegasianische* Quarte kommt hier nicht allein in Anschlag. Dem Fideicommissar steht ja auch das *ius accrescendi* nicht zu. *L. 43. D. ad SCto Trebell.* verglichen mit *L. 78. §. 10. D. eodem*. *S. CUJACIUS* Observat. Lib. XII. c. 12. *de RETES* Opusculor. Lib. III. (in *MEERM. Thes.* Tom. VI. pag. 183.) *NOODT* Comm. ad Dig. h. t. pag. 403. und *Westphal* von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1732. u. §. 1865.

69) Man sehe *Ant. FABER* Rational. in Pand. ad h. L. und *Weber* zu *Höpfners* Commentar über die *Heinecc. Institutionen* §. 602. Not. (*).

Glücks Erläut. d. Pand. 16. Th.

⌘

unter den Contrahenten anbetrißt, so bestehen sie darin.

I. Der Verkäufer ist verbunden, dem Käufer die Erbschaft in dem Zustande, in welchem sie sich von der Zeit des Todes des Erblassers an bis zur Zeit des geschlossenen Kaufs befand, mit allem Gewinn und Verlust, wodurch sie vermehrt oder vermindert worden ist, zu überliefern. Das Erbrecht selbst wird jedoch eben so wenig auf den Käufer übertragen, als derselbe hierdurch die Eigenschaft eines wahren Erben erhält. Denn hatte der Verkäufer die Erbschaft schon angetreten, so ist er Erbe geworden, und bleibt auch, nach geschetzener Uebergabe der erbschaftlichen Güter und Sachen, dem strengen Rechte nach, Erbe. *Qui enim semel heres extitit*, sagen die Gesetze des Römischen Rechts ⁷⁰⁾ ganz bestimmt, *non potest efficere, ut desinat heres esse, sed manet heres, licet res hereditarias non amplius possideat*. Eine Regel, welche sich schon daraus erklären läßt, weil man nur einmal beerbt werden kann, so wie man nur einmal stirbt ⁷¹⁾. Daher sagt Paulus ⁷²⁾: *uni duo pro solido heredes esse non possunt*. Hatte hingegen der Erbe die Erbschaft schon vor

70) §. 3. 1. *de fideicommissar. hereditat.* L. 7. §. 10. *D. de minorib.* L. 88. *D. de heredib. instit.* L. 43. §. 3. *D. de vulg. et pup. substitut.* L. 30. §. 10. *D. de fideicommiss. libertatib.* C. *Ian. a costa* Comm. ad §. 5. *Institut. de hereditat. quae ab int. defer.* Ausnahmen von dieser Regel hat *Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor.* Dec. XXVII. Err. 2.

71) S. *Hübner's* Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des Röm. Rechts. S. 93.

72) L. 141. §. 1. *D. de div. reg. iuris.*

vor der Antretung verkauft; so läßt sich auch nicht einmal in diesem Falle behaupten, daß hierdurch der Verkäufer gänzlich aufhöre Erbe zu seyn, und sein Erbrecht dergestalt auf den Käufer übertragen werde, daß dieser, wenn der Anfall der Erbschaft eintritt, nun die Erbschaft in eigenem Namen antreten könne⁷³⁾. Denn das Recht, eine Erbschaft anzutreten, steht Niemanden zu, als demjenigen, dem dieselbe deferirt worden ist⁷⁴⁾. Allein dem Käufer wird die Erbschaft nicht deferirt, weder ex testamento, denn er ist nicht instituirt, noch ab intestato, weil ihn das Gesetz nicht zur Erbschaft ruft, noch ex pacto; denn der Kauf gehört weder zu den causis oder modis acquirendae noch amittendae hereditatis, wie Gerhard Noodt⁷⁵⁾ mit Recht sagt. Der Käufer kann also auch kein Recht haben, die Erbschaft anzutreten, als welche nach dem römischen Recht auch nicht einmal durch einen Bevollmächtigten angetreten werden kann⁷⁶⁾. Mäg daher immerhin der Erbe die Erbschaft noch vor der Antretung derselben verkauft haben, dennoch wird die

E 2

Erb.

73) Anderer Meinung ist zwar BESEKE in Comm. cit. de alienatione hereditatis Cap. V. §. 51. sqq. und Cap. VII §. 81. Allein ich kann diese Meinung mit meinen Grundsätzen nicht vereinigen. Man sehe auch Ant. SCHULTING Thes. controvers. Dec. 65. Th. 4. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1940. u. 1941.

74) L. 151. D. de Verb. Signif. L. 13. pr. L. 17. in fin. L. 18. L. 22. D. de acquir. vel omitt. heredit. L. 3. C. de institut. et substit. S. Ios. AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. IV. cap. 4. nr. 5.

75) Commentar. ad Dig. h. t. §. Poffet. pag. 403. sq.

76) L. 90. D. de acquir. vel omitt. heredit. S. AVERANIUS Interpretat. iuris. Lib. I. cap. 12.

Erbchaft weder dem Käufer deferirt werden, noch von demselben angetreten werden können, weil dieses Recht keinem Andern zusteht, als dem Erben, der entweder vom Testator oder vom Geseß zur Erbschaft gerufen ist. Die Erbschaft wird also auf jeden Fall dem Verkäufer anfallen, und von diesem angetreten werden müssen. Dieser ist also auch und bleibt der wahre Erbe. Zwar halten es die Geseße für billig, daß der Käufer der Erbschaft an die Stelle des Erben trete, aber doch nur in Rücksicht der Wirkungen, so wie etwa der Fideicommissar, welchem die Erbschaft vermöge des Trebellianischen Senatusconsults restituit worden ist, gleichsam als Erbe angesehen wird. So lehrt uns Julian *L. 54. pr. D. de heredit. petit. Ei, qui partes hereditarias vel totam a fisco mercatus fuerit, non est iniquum dari actionem, per quam universa bona persequatur, quemadmodum ei, cui ex Trebelliano Senatusconsulto hereditas restituta est, petitio hereditatis datur* ⁷⁷⁾; und gerade so, wie von dem Fideicommissar gesagt wird, daß er *loco heredis sen* ⁷⁸⁾, und daß Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung des Nachlasses ihn *tanquam heredem* treffen ⁷⁹⁾; sagt Ulpian ⁸⁰⁾ von dem Käufer der Erbschaft, *aequissimum videri, emtorem vicem heredis obtinere*. Was also zur Erbschaft im objectiven Sinn, für den Inbegriff der Güter und Sachen genommen, welche der Verstorbene hinterlassen hat, zu rechnen

77) *S. Ant. FABER Rational. ad. h. L.*

78) *§. 3. 4. et 5. l. de fideicommissar. heredit.*

79) *L. 2. D. ad Sct. Trebell. §. 6. l. de fideicommiss. heredit.*

S. Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XXVII. Err. 5.

80) *L. 2. §. 18. D. h. t.*

nen ist, erhält der Käufer. Was aber zur Erbschaft, als Gegenstand des Kaufs betrachtet, gehört, ist nicht blos darnach zu bestimmen, was der Erblasser zur Zeit seines Todes besaß, sondern es ist auch die Vermehrung, welche die Erbschaft noch nachher bis zur Zeit des Verkaufs derselben, besonders durch die Früchte, erhalten hat, so wie auch deren Abgang in Anschlag zu bringen. *Hereditas enim iuris nomen est, sagt Ulpian* ⁸¹⁾ *quod et accessionem et decessionem in se recipit: hereditas autem vel maxime fructibus augetur.* Hierauf gründet sich nun die Entscheidung der Frage bey Ulpian *L. 2. §. 1. D. h. t.* auf welche Zeit man zu sehen habe, um den Betrag der Erbmasse bey dem Verkaufe einer Erbschaft zu bestimmen? Er entscheidet sie auf folgende Art.

In hereditate vendita utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit, cum aditur hereditas: an ea, quae fuit, cum hereditas venundatur, videndum erit? Et verius est, hoc esse servandum, quod actum est; plerumque autem hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse.

Man soll also, sagt Ulpian, zwar zunächst darauf Rücksicht nehmen, was für eine Uebereinkunft unter den Contrahenten getroffen worden ist; ist aber desfalls nichts Ausdrückliches verabredet worden; so soll nicht blos auf die Zeit des Todes des Erblassers, wie etwa bey Berechnung der Falcidischen Quarte, auch nicht blos auf die Zeit der Antretung der Erbschaft gesehen, sondern es soll, der Absicht der Contrahenten gemäß, im Zweifel angenommen

wer:

81) *L. 178. §. 1. D. de Verb. Significat.*

werden, daß zur verkauften Erbschaft alles gehöre, was bis zur Zeit des geschlossenen Kaufs, und also auch noch nach dem Tode des Erblassers, so wie nach der Antrittung der Erbschaft, zu derselben gekommen ist. So erklärt auch diese Stelle Cujaz⁸²⁾, wenn er sagt: *Haec est sententia legis, in venditionem hereditatis venire non ea tantum, quae fuerunt mortis vel aditionis tempore, sed etiam ea, quae post mortem, aut post aditionem accesserunt.* Hereditas enim, licet nomen sit iuris, accessionem tamen et decessionem recipit. Si quid igitur accesserit post aditionem aut mortem, hoc in venditionem hereditatis venit: si quid tamen heredis factō decesserit, utputa si ante venditionem hereditatis rem hereditariam vendiderit, aut donaverit, pretium eius praestare debet. Apparet autem ex his, in exquirenda quantitate venditae hereditatis ita *venditionis tempus* spectari, ut *accessiones hereditatem augeant, decessiones heredis factō contingentes non deminuant*, quod in ponenda ratione legis Falcidiae non observatur. Hiermit stimmt auch Pothier⁸³⁾ überein, wenn er die Worte des Gesetzes *in id tempus, quo venditio fit*, nämlich a die mortis in id usque tempus etc. erklärt. Ganz jenem Grundsatz gemäß, und nicht blos darum allein, weil bey einer universitas iuris der Werth an die Stelle der veräußerten Sache tritt, muß also der Erbe, wenn er Sachen, die zur Erbschaft gehörten, schon vor dem Verkaufe derselben veräußert hat, den dafür erhaltenen Preis dem Käufer erstatten. Hat er hingegen erbchaftliche

82) Observation. Lib. II. cap. 30.

83) POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. IV. not. f.

the Sachen selbst noch nicht erhalten, weil sie in fremden Händen sich befinden; so muß er wenigstens dem Käufer die ihm deshalb zuständigen Klagen cediren. Es versteht sich aber freylich, daß er Alles, was er von der Erbschaft selbst in Händen hat, dem Käufer in Natur abliefern müsse. Was er hingegen an Schulden des Erblassers und Vermächtnissen bereits bezahlt hat, gehört nicht mehr zur Erbschaft, die er zu übergeben hat. Denn wenn Etwas durch eine Handlung des Erben von der Erbschaft abgekommen ist, so sieht man darauf, ob es der Erbschaft hätte erhalten werden können. Vermächtnisse und Schulden des Erblassers hätte ja aber auch der Käufer bezahlen müssen. Was jedoch durch Verschulden des Erben vor dem Verkaufe von der Erbschaft abgekommen ist, darf der Verkäufer nur insofern vergüten, als ihm deshalb ein dolus, oder eine culpa lata zur Last fällt. Für einen dolus wird ihm aber auch billig angerechnet, was er noch hätte von der Erbschaft erhalten können, aber wissentlich zu erhalten unterließ. Noch mehr aber dasjenige, was er von der Erbschaft verschenkt, oder den Erbschaftsschuldnern erlassen hat, wenn er es nachher dem Käufer verschwieg. Für ein geringes Versehen hingegen steht der Erbe vor dem Verkaufe nicht. Denn er war zu keinem Fleiße verbunden. Allein nach dem Verkaufe haftet er wie jeder andere Verkäufer, auch für culpa levis, ja sogar für das geringste Versehen, wenn Etwas durch seine Schuld verlohren geht ⁸⁴). Hatte der Verkäufer bey Gelegenheit der Erbschaft, z. B. durch Erhebung einer Nichtschuld,

84) S. §. 984. S. 105. dieses Bandes. Vergl. auch Thibaut Enst. des Pand. Rechts 2. B. §. 736. und Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Porro. pag. 402.

schuld, einen Gewinn gemacht, so braucht er diesen dem Käufer nicht zu berechnen. Was er hingegen bey Gelegenheit eines vom Verkaufe ausgenommenen Grundstücks erworben, gehört noch zur Erbschaft, und wenn sich der Erbe zur Sicherheit etwa von einem Schuldner des Erblassers einen Bürgen stellen ließ, so muß er dem Käufer seine Ansprüche an ihn cediren. Hierdurch erhalten nun folgende Gesetzstellen Aufschluß.

L. 2. §. 3. *D. h. t.* Pervenisse ad venditorum hereditatis quomodo videatur, quaeritur? Et ego puto, antequam quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit, hactenus videri ad eum pervenisse, *quatenus mandare potest earum rerum persecutionem, actionesque tribuere* ⁸⁵). Enimvero ubi corpora nactus est, vel debita exegit, plenius ad eum videri pervenisse. Sed et si rerum venditarum ante hereditatem venditam pretia fuerit consecutus, palam est, ad eum pretia rerum pervenisse ⁸⁶). Illud retin-

85) Es tritt hier die Regel ein: *Is, qui non alia de causa tenetur, quam quod habeat actiones, earum praestatione ac delegatione liberatur.* L. 51. in fin. *D. de peculio.*

86) *Ans.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. macht hierbey folgende Bemerkung. *Non ergo ea pretia restituit, quasi subrogata in locum et vicem rerum hereditariarum: nec quasi conventus iudicio universalis ob id, quod actione ex emto propter venditam hereditatem conveniatur. Sed quia negare non potest, quin ea habeat, si non ex hereditate et rebus hereditariis, cum pretium non tam ex re, quam ex negotiatione percipiatur, L. 21. D. h. t. saltem occasione hereditatis. Quod sufficit, ut ad eum pervenisse videantur ex hereditate, et ea proinde restituere debeat.* L. 59. in fin. *D. ad Sctum Trebell.*

nendum est, *cum effectus videri pervenisse*, non *prima ratione* ⁸⁷⁾; idcirco quod *legatorum nomine* quis praestitit, non videtur ad eum pervenisse: sed et si quid *aeris alieni* est, vel cuius alterius oneris hereditarii, pervenisse merito negabitur. Sed et rerum *ante venditionem* donatarum pretia ⁸⁸⁾ praestari, aequitatis ratio exigit.

L. 2. §. 4. D. eod. Non tantum autem, quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed et quod ad heredem eius ex hereditate pervenit, emtori restituendum est.

L. 2.

87) *Prima ratione* heißt hier eben so viel, als *prima facie*, wie *Cajus* sagt *L. 13. D. ad Sctum Vellejan.* Dem ersten Ansehen nach gehören nun allerdings auch Schulden und Vermächtnisse zur Erbschaft. Allein beyde müssen bezahlt werden. Sie gehören also nicht *cum effectus* zur Erbschaft, nicht zu dem, was des Käufers Gewinne überlassen wird, und bey der Erbschaft bleibt. *S. Ant. FABER Rational. ad h. L.*

88) *BEZKE* de alienatione hereditatis pag. 243. not. v. glaubt, diese Lesart könne nicht bestehen, sondern der ganze Zusammenhang lehre, daß *pretia non praestari* gelesen werden müsse. Denn *Ulpian* stelle die Regel auf, es solle die Erbschaft in dem Zustande prästirt werden, in welchem sie sich zur Zeit des Verkaufs derselben befand. Hat nun der Erbe schon vorher Sachen verschenkt, so habe er sie ja von dem Seinen verschenkt, und sich seines Rechts bedient. Wie könnte also der Käufer den Werth derselben ersetzt verlangen? Allein wer sieht nicht, daß diese Aenderung auf einer unrichtigen Auslegung beruhet? Wäre freylich das, was vor dem Verkaufe der Erbschaft verschenkt worden ist, bey Schließung des Kaufs ausgenommen worden, so würde natürlich der Käufer dafür nichts ersetzt verlangen können, wie *Ant. FABER Rational. ad h. L.* mit Recht bemerkt.

L. 2. §. 5. D. eodem. Sed et si quid dolo malo eorum factum est, quominus ad eos perveniat; et hoc emptori praestandum est. *Fecisse autem dolo malo, quominus perveniat*, videtur, siue alienavit aliquid, vel etiam accepto quem liberavit; vel id egit dolo malo, ne de hereditate acquireretur, vel ne possessionem adipisceretur, quam posset adipisci. Sed et si non dolo malo, sed *lata culpa* admiserit aliquid, utique tenebitur⁸⁹⁾ *Deperdita autem et diminuta*⁹⁰⁾: *sine dolo malo venditoris non praestabuntur.*

L. 2.

89) Es ist dieses von der Zeit vor dem Verkaufe zu verstehen. Der Erbe konnte zwar damals ohne Zweifel, als Eigenthümer, Sachen verkaufen, auch Schuldner der Erbschaft ihrer Verbindlichkeit entlassen. Sod rament, sagt hier Artou Faber sehr richtig, incipit postea dolo malo facere, cum vendit hereditatem tanquam universaliiter continentem, quicquid ad eum ex hereditate pervenit, non detractis rebus ante venditis, nec debitoribus liberatis, ac si nihil ex hereditate diminutum esset, ut in L. 2. §. 3. D. de doli mali et met. except. Decipit enim emptorem, qui pretium hereditati dicit tanquam integrae, nec ullo ipsius heredis facto diminutae. Man sehe auch, was an einem Orte dieses Commentars, §. 984 S. 105. f. darüber gesagt worden ist.

90) *Diminutum* geht hier darauf, was usucapirt, und dadurch von der Erbschaft abgetommen ist; *Deperditum*, was ganz zu existiren aufgehört hat. L. 21. D. de hereditat. petitione. Dieß braucht nicht geschehen zu seyn, ehe der Erbe die Erbschaft in seine Hände bekam, wie Besse S. 247. Not. c. glaubt. Es ist genug, wenn es vor dem Verkaufe geschah, und dem Verkäufer der Erbschaft deshalb weder ein Dolus noch culpa lata zur Last fällt. S. FABER Rational. in II. L.

L. 2. §. 7. D. eod. Solet quaeri, an et si quid lucri occasione hereditatis venditor senserit, emtori restituere id debeat? Et est apud IULIANUM haec quaestio tractata *libro VI. Digestorum*, et ait, quod non debitum exegerit, retinere heredem, et quod non debitum solverit, non reputare. Nam hoc servari, ut heres emtori non praestat, quod non debitum exegerit: neque ab eo consequatur, quod non debitum praestiterit⁹¹⁾. Si autem condemnatus praestiterit: hoc solum heredi sufficit, esse eum condemnatum *sine dolo malo suo*; etiamsi maxime creditor non fuerit is, cui condemnatus est heres⁹²⁾. Quae sententia mihi placet.

L. 2. §. 8. D. eodem. Non solum autem hereditarias actiones, sed etiam eas obligationes, quas ipse heres constituit, dicendum erit, praestari emtori debere. Itaque et si fideiussorem acceperit ab hereditario debitore: ipsam hanc actionem, quam habet heres,

91) Hat der Erbe eine Nichtschuld bezahlt, so ist dies ein Schaden, den er nicht als Erbe leidet, sondern weil er ein indebitum bezahlt hat, wie Ulpian *L. 2. §. 10. D. h. t.* argumentirt. Er kann also deshalb dem Käufer der Erbschaft nichts anrechnen.

92) Ist der Erbe durch eine ungerechte Sentenz des Richters verurtheilt worden, einem vermeintlichen Gläubiger etwas zu bezahlen, was er nicht schuldig war; so kann er dieses dem Käufer abziehen, er muß nur wegen der Erbschaft selbst, und nicht etwa wegen seiner eigenen Handlung verurtheilt worden seyn. Denn die *exceptio rei iudicatae* geht von der Person des Verkäufers auch auf den Käufer über. *L. 9. §. ult. L. 11. §. 9. et L. 28. D. de except. rei iudicatae.*

heres, praestare emtori debet. Sed et si novaverit vel in iudicium deduxerit actionem: praestare debet hanc ipsam actionem, quam nactus est.

L. 2. §. 9. D. eodem. Sicuti lucrum omne ad emtorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere.

§. 10. eiusd. L. Denique si rem hereditariam heres vendiderit, ac per hoc fuerit condemnatus, non habet contra emtorem actionem: quia non ideo condemnatur, quod heres esset, sed quod vendiderit ⁹³⁾.
Sed

93) Es ist hier der Fall anzunehmen, daß die veräußerte Sache ebnirt worden ist, entweder weil sie nicht dem Erblasser gehörte, sondern eine fremde Sache war, oder weil ein Dritter ein Pfandrecht darauf hatte. Ist deswegen der Verkäufer verurtheilt worden, entweder das Duplum zu leisten, wenn es auf den Fall der Entwährung stipulirt war, oder das Kaufgeld nebst dem Interesse zu erstatten; so kommt es darauf an, ob er den Preis der verkauften Sache bereits an den Käufer der Erbschaft abgeliefert hat, oder nicht. Im ersten Falle kann der Verkäufer gegen den Käufer ex vendito auf Entschädigung klagen. Denn der Käufer der Erbschaft hat durch Annahme des Preises den Verkauf genehmiget. Er kann also dem Verkäufer deshalb nichts weiter zur Last legen, und da er den Gewinn aus diesem Verkaufe erhalten hat, so darf er sich auch nicht weigern, den Schaden zu übernehmen, der durch die Verurtheilung des Verkäufers aus diesem Verkaufe erwachsen ist. Es folgt dieses aus dem §. 9. vorausgeschickten Princip, wie auch das Wort *denique* anzeigt, welches die Römischen Rechtsgelehrten zu gebrauchen pflegen, wenn sie aus dem Vorhergehenden eine Folge ableiten. S. FABER Rational. ad h. L. In dem letztern Falle hingegen hat der Verkäufer der Erbschaft gegen

Sed si pretium rei distractae emtori hereditatis dedit, videamus, an locus fit ex vendito actioni? Et putem esse.

L. 3. D. h. t. Si venditor hereditatis exactam pecuniam sine dolo malo et culpa perdidisset, non placet eum emtori teneri.

L. 25. D. eodem. Si excepto fundo hereditario, venit hereditas: deinde eius fundi nomine venditor aliquid acquisiit, debet id praestare emtori hereditatis⁹⁴).

PAU-

gegen den Käufer keine Klage. Denn der Käufer übernimmt nur den Schaden, der sonst den Verkäufer als Erben belästigen würde, wenn ihn der Käufer deshalb nicht entschädigte. In diesem Falle aber hat der Verkäufer dasjenige, was er der Verurtheilung gemäß geleistet hat, nicht als Erbe prästirt, sondern bloß als Verkäufer; daher kann er hier keinen Ersatz von dem Käufer der Erbschaft fordern. S. FABER Rational. ad h. L.

94) Es wird hier vorausgesetzt, daß die Erwerbung zwar ex causa, quae praeceffit venditionem, aber doch erst nach dem Verkaufe geschehen sey. Daher kann wohl hier nicht die Rede von Früchten seyn, die der Verkäufer seit dem Tode des Erblassers von dem ausbedungenen Grundstück gezogen hat, wie Ant. FABER in Rational. ad h. L. diese Stelle erklären will. Diese Erklärung ist, außer ihrer Unwahrscheinlichkeit, auch schon den Worten DEINDE eius fundi etc. entgegen, wie Westphal vom Kaufe S. 843. S. 630. ganz richtig gegen Faber erinnert hat. - Allein man kann sich ja hier den Fall denken, der fundus exceptus sey ein ager emphyteuticarius, und der Verkäufer der Erbschaft habe noch nachher wegen dieses Grundstücks einen Canon oder ein Laudemium eingenommen. Dieses würde er dem Käufer, als noch zur Erbschaft gehörig, herausgeben müssen.

PAULUS. Immo semper quaeritur in ea re, quid actum fuerit: si autem id non apparebit, praestare eam rem debet emtori venditor. *Nam id ipsum ex ea hereditate ad eum pervenisse videbitur: non secus, ac si eum fundum in hereditate vendenda non excepisset.*

Hat der Erbe nach dem Verkaufe der Erbschaft eine dazu gehörige Sache verkauft, noch ehe er die Erbschaft dem Käufer tradirt hatte, so sehen die Gesetze einen solchen Verkauf als eine negotiorum gestio für den Käufer an. War daher der Verkauf für ihn nützlich, so kann er von dem Verkäufer verlangen, daß ihm derselbe den erhaltenen Preis abliefere, oder wenn ihn der dritte Käufer der Sache noch nicht bezahlt hat, die Klage gegen ihn citire. Genehmigt er hingegen den Verkauf nicht, so kann der Käufer auch darauf bestehen, daß ihm der Verkäufer die Sache selbst übergebe. Er, der Käufer selbst, hat jedoch gegen den dritten Käufer und Besizer keine Realklage. Denn vor der Uebergabe der Erbschaft war der Verkäufer derselben noch Eigenthümer, er konnte daher auch das Eigenthum einzelner dazu gehöriger Sachen auf Andere übertragen. Der Käufer der Erbschaft kann also hier nur actione emti gegen den Verkäufer auf das Interesse klagen, wenn er ihm die Sache selbst nicht tradiren kann. Wie aber, wenn die verkaufte Sache bey dem Käufer derselben durch einen Zufall zu Grunde gegangen wäre, welche die Sache auch bey dem Verkäufer selbst betroffen haben würde? Kann hier der Verkäufer den Käufer der Erbschaft die Einrede entgegensetzen, daß er den Schaden hätte tragen müssen, wenn die Sache nicht verkauft worden wäre? Wäre hier nicht von dem Verkaufe

Kaufe einer Erbschaft, sondern blos einer res singularis die Rede, so hätte diese Einrede allerdings Statt, und der Verkäufer würde hier dem Käufer zu Nichts mehr verbunden seyn, wenn ihm nur kein Verzug in Rücksicht der Uebergabe zur Last fällt. Zwar muß auch der Verkäufer einer res singularis dem Käufer wenigstens das noch abliefern, was von der zu Grunde gegangenen Sache noch übrig ist. Allein der aus der Sache gelösete Preis ist nicht als ein Theil der Sache anzusehen, sondern der Verkäufer hat ihn blos durch den geschlossenen Handel gewonnen, und da er den Handel in eigenem Namen schloß, so hat der Käufer daran keinen Anspruch. Ganz Anders verhält sich die Sache beym Verkaufe einer Erbschaft. Hier wird, als stillschweigende Uebereinkunft, angenommen, daß alles, was der Verkäufer nachher noch als Erbe vorgenommen hat, für den Käufer der Erbschaft, in der Eigenschaft eines negotiorum gestoris desselben, geschehen sey, und daher auch dem Käufer alles dasjenige prästirt werden müsse, was der Verkäufer, als zur Erbschaft gehörig, noch nachher eingenommen hat. Der Verkäufer der Erbschaft kann also dem Käufer derselben nicht entgegensetzen, daß er ja die Sache auch nicht hätte verkaufen können, und dann, wenn die Sache bey ihm durch Zufall verunglückt wäre, dem Käufer deshalb Nichts hätte vergüten dürfen. Denn auch der Verkäufer eines Grundstücks kann dem Käufer die Früchte, die er noch nach dem Verkaufe, und vor der Uebergabe desselben, durch seinen Fleiß gezogen hat, nicht aus dem Grunde vorenthalten, daß er ja das Grundstück, was er nun ohnehin nicht mehr behalten konnte, sondern gleichsam nun als ein ihm nicht mehr gehöriges anzusehen hatte, auch hätte ungebaut liegen

gen lassen können; er würde dann für keine Früchte haben stehen dürfen, wosern ihm nur in Rücksicht der Uebergabe kein Verzug zur Last gelegt werden kann. So wie es nun der bona fides gemäß ist, daß der Verkäufer die Sache mit den Früchten übergebe, welche er vor der Uebergabe gezogen hat, weil der Käufer gleich von Zeit des geschlossenen Contracts an auch die Lasten der Sache zu tragen hat⁹⁵⁾; eben so muß auch der Verkäufer der Erbschaft den Preis einer vor der Uebergabe verkauften erb-schaftlichen Sache herausgeben, weil er dem Käufer alles, was zur Erbschaft gehört, überliefern muß. So spricht sich der Geist folgender Gesetzstellen aus.

L. 21. D. h. t. Venditor ex hereditate⁹⁶⁾, interposita stipulatione⁹⁷⁾, rem hereditariam persecutus, alii

95) L. 13. et L. 16. Cod. de act. emti et vend.

96) Die Worte: *Venditor ex hereditate* erklärt Cujas in Julio Paulo. l. Comm. in Lib. XVI. Quaestion. Pauli ad h. L. *Oper. postum.* T. II. pag. 1185. edit. *Fabrot.* durch *venditor hereditatis.* Allein Westphal vom Kauf §. 844. glaubt, die Worte *ex hereditate* gehörten nicht zu *venditor*, sondern zu den Worten *rem hereditariam persecutus.* Um jedoch den Pleonasmus zu vermeiden, könnte man, dünkte ich, auch die Worte *ex hereditate* mit den Worten *interposita stipulatione* verbinden, und nach *Venditor* das Unterscheidungszeichen setzen. *Ex hereditate* wäre denn subtil als *de hereditate.* Wie gewöhnlich aber *ex* für *de* gebraucht wird, lehrt BRISSONIUS h. v.

97) Die Versicherung, welche sich der Käufer gewöhnlich von dem Verkäufer der Erbschaft stipulirte, ward in die Formel eingekleidet: *Quanta pecunia ad te ex hereditate Titii pervenerit, dolove malo tuo factum est, eritve, quominus perveniat, perveneritve, item quaecunque actio, petitio, persecutio eo nomine tibi competierit, ea omnia recte praestari.* L. 50. §. 1. D.

de

alii vendidit. Quaeritur, quid ex stipulatione praestare debeat. Nam bis utique non committitur stipulatio, ut et rem et pretium debeat. Et quidem si, posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio, credimus, pretium in stipulationem venisse: quod si antecessit stipulatio, deinde rem nactus est, tunc rem debeat. Si ergo hominem vendiderit, et is deceaserit, an pretium eiusdem debeat? non enim deberet Stichi promissor, si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla mora processisset. Sed ubi hereditatem vendidi, et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium eius agam, quam hereditatis⁹⁸). Sed hoc in re singu-

de Verb. Obligat. L. 97. L. 178. §. 2. D. de Verb. Signif. Was aber das Wort *pecunia* hier bedeute, lehrt *Ulpian L. 178. pr. D. de V. S.* welche Stelle mit *L. 2. D. h. t.* zu verbinden ist, denn beyde sind *ex Ulpiani libro 49. ad Sabianum* entlehnt. Wie die Stipulation des Verkäufers gelauret habe, findet sich nirgends. Daß er aber stipulirt habe, läßt sich aus *§. 6. l. de fideicom. hereditat.* und *L. 178. §. ult. D. de Verb. Sign.* schließen. *Ger. NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 405.* stellt die Formel auf folgende Art her: *Quantam pecuniam eius, quod defunctus debuit, dedero, solvere, praesertero hereditario nomine, tantam pecuniam dare spondes?* Von diesen stipulationibus emtae et venditae hereditatis inter emtorem et venditorem interpositis handeln vorzüglich *CUJACIUS Observat. Lib. II. cap. 30.* und *NOODT c. l. pag. 400. sqq.*

98) *Eujas* in *Comm. ad libr. XVI. Quaest. Pauli h. l.* erklärt diese Worte so: *ut negotium potius emtoris hereditatis, quam negotium meum agam.* Diese Erklärung hat auch die Auctorität mehrerer Handschriften für sich, welche *agam potius* lesen.

So liest z. B. unser Erlanger Codex. *Ant. AUGUSTINUS Glück's Erläut. d. Pand. 16. Th.* D. Emen-

singulari non potest credi. Nam si eundem hominem tibi vendidero, et, nec dum tradito eo, alii quoque vendidero, pretiumque accepero, mortuo eo, videamus, ne nihil tibi debeam ex emto; quoniam moram in tradendo non feci⁹⁹). *Pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur, et sic fit, quasi alii non vendidissem*¹⁰⁰); tibi enim rem debebam,

Emendation: Lib. IV. cap. 7. hält diese Lesart auch für die einzig wahre. Hingegen **Ant. FABER** Rational, in Pand. ad h. L. will diese Worte so verstehen: ut tam negotium eius (sc. emtoris) agam, quam hereditatis. **Westphal** vom Kauf §. 844. S. 634. erklärt, von beyden abweichend: ut negotium eius (sc. hereditatis) agam, quam (obertanquam) hereditatis. Die Erklärung des **Cujas** verdient unstreitig den Vorzug. Man sehe auch **POTHIER** Pandectae Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. VII. not. k. pag. 501.

99) Das heißt, wenn ich dem Andern eine res singularis verkaufe, und diese Sache nachher noch vor der Uebergabe einem Dritten käuflich überlassen, und von demselben das Kaufgeld erhalten habe; so bin ich, wenn diese Sache bey dem dritten Käufer zufällig zu Grunde gehen sollte, ohne daß mir von dem ersten Käufer ein Verzug in Rücksicht der Uebergabe der Sache zur Last gelegt werden kann, demselben aus dem Kaufe zu Nichts verbunden. Denn man kann hier nicht sagen, der Verkäufer habe durch den Verkauf der Sache an einen Dritten negotium prioris emtoris getret. Er handelte hier mehr zu seinem eignen Nutzen, als zum Nutzen des ersten Käufers. Daher hätte ihn auch die poena falsi getroffen, wenn die Sache nicht zu Grunde gegangen wäre. L. 21. D. de lege Cornel. de falsis.

100) Das heißt: ich bin dem ersten Käufer den von dem zweyten Käufer erhaltenen Preis eben so wenig herauszugeben schuldig, als wenn ich die Sache gar nicht weiter verkauft hätte, sondern dieselbe bey mir selbst zu Grunde gegangen wäre.

bam, non actionem ²⁾). *At cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut si quid tanquam heres feci, id praestem emtori, quasi illius negotium agam ²⁾*; quemadmodum

¶ 2

fundi

1) Das ist, wenn der zweyte Käufer das Kaufgeld noch nicht bezahlt hätte, so würde der erste Käufer, in dem Fall, da die ihm verkaufte Sache zu Grunde ging, ohne daß ein Verzug von meiner, des Verkäufers, Seite daran schuld war, nicht haben verlangen können, daß ich ihm gegen den zweyten Käufer die mir gegen diesen zustehende Klage cedire. Denn ich war vermöge des Contracts nur zur Uebergabe der Sache verbunden; die Klage aber entspringt aus einem Geschäft, welches ich in meinem Namen, und nicht im Namen des ersten Käufers geschlossen habe. War ich also zur Cession der Klage nicht gehalten, so kann er nun auch, wenn durch die Bezahlung des Kaufgeldes meine Klage gegen den zweyten Käufer erloschen ist, von mir nicht verlangen, daß ich ihm, statt der Sache, den erhaltenen Preis herausgebe. Und war ich durch den Untergang der Sache von meiner Verbindlichkeit zur Uebergabe befreiet, so kann der Käufer auch gegen mich wegen des von dem zweyten Käufer erhaltenen Preises keine Klage haben. Man sehe *Cuja* und *Anton Faber ad h. L.* auch *POTHIER Pand. Inst. h. t. nr. VII. not. n.*

2) *Ant. FABER Rational. in h. L.* setzt den Unterschied darin. Der Käufer der Erbschaft erwerbe durch den bloßen Kauf, auch ehe noch die Uebergabe erfolgt ist, *actiones utiles* gegen die Schuldner der Erbschaft, vermöge der bekannten Verordnung des Kaisers *Plus*, so wie bey dem Kaufe einer Schuldforderung. *L. 8. L. ult. Cod. h. t.* Der Käufer einer *res singularis* hingegen *acquirit* gegen den Verkäufer nichts als die persönliche Klage *ex emto*. Daraus erkläre sich denn, warum man in diesem Falle nicht so, wie in dem ersten, annehmen könne, der Verkäufer, wenn er nachher die Sache noch vor der Uebergabe einem Andern verkauft hat, habe *negotium prioris emtoris* gerirt.

fundi venditor fructus praestet ³⁾ bonae fidei ratione; quamvis si neglexisset, ut alienum, nihil ei imputari ⁴⁾ possit, nisi si culpa eius argueretur ⁵⁾).

L. 6. Cod. h. t. Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis, dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit,

- 3) So liest die Florentinische Ausgabe. Andere Ausgaben und Handschriften lesen *praestaret*. So z. B. unser Erlanger Codex, Haloander und Baudoja Cestius. Brenkmann will lieber *praestat* lesen. Die Lesart *praestaret* scheint mir den Vorzug zu verdienen.
- 4) Die Florentinische Ausgabe hat hier *imputare*. Allein der Lesart *imputari*, welche Haloander, Baudoja, und auch mehrere Handschriften, z. B. unser Erlanger Codex, haben, giebt Brenkmann mit Recht den Vorzug.
- 5) Ant. FABER Rational. in h. L. will diese Periode nicht auf die unmittelbar vorbergehende, wo von dem Verkäufer der Erbschaft die Rede ist, sondern auf den vorher vom Paulus erzählten Fall beziehen, da eine res singularis verkauft worden. Der Sinn soll also der seyn. So wenig in jenem ersten Falle der Verkäufer angehalten werden könne, den von dem zweyten Käufer erhaltenen Preis dem ersten Käufer herauszugeben; eben so wenig dürfe er auch in dem letzten Falle die Früchte dem Käufer vergüten, welche er nicht gezogen hat, gesetzt auch, daß er sie noch hätte percipiren können. Allein diese Erklärung ist ganz widersinnig, denn von fructibus percipiendis war gar keine Frage. Richtiger erklärt POTHIER Pandect. Justin. h. t. Nr. VII. not. a. pag. 502. dem ich im Text gefolgt bin. Auch die Erklärung des Cujaz, welche nicht viel von der Faberschen abweicht, so wie des Westphal vom Kaufe §. 844. C. 634. scheint mir keinen Beyfall zu verdienen.

fregit, ex emto actione conventus, quanti tua interest, praestare coetur.

Aus der ersten Gesessstelle lernten wir zugleich den wichtigen Unterschied kennen, welchen Paulus zwischen dem Käufer einer Erbschaft und dem einer singularen Sache auseinandersetzte. Er führt aber noch einen andern Fall an, wo es zweifelhaft zu seyn scheint, ob nicht auch der Verkäufer einer singularen Sache, wenn er die verkaufte Sache nachher an einen Dritten noch vor der Uebergabe wieder veräußert hat, als ein negotiorum gestor des ersten Käufers anzusehen sey? Ich habe nämlich eine Sache verkauft, die ein Dritter besitzt. Gegen diesen stelle ich die Reivindicatio an. Der Besitzer wird auch zur Herausgabe der Sache verurtheilt, allein wegen hartnäckiger Verweigerung derselben werde ich zum Würdungsseide gelassen, und erhalte die mir gerichtlich zuerkannte *litis aestimatio*. Eine solche *litis aestimatio* wird einem Kaufe gleichgeachtet ⁶⁾. Es fragt sich nun, wozu ich hier dem Käufer verbunden sey? Man sollte denken, da ich die Sache gleich anfangs nicht besaß, und solche also dem Käufer nicht tradiren konnte, so hätte ich das, was geschehen ist, im Namen des Käufers gethan, und dieser habe daher an der von mir erstrittenen *litis aestimatio* einen gerechten Anspruch. Allein so entscheidet dennoch Paulus nicht. Denn ich habe hier die Sache selbst, und nicht die Klage gegen den Dritten verkauft. War gleich die Sache in den Händen eines Dritten, so war ich dennoch Eigenthümer derselben. Ich konnte also auch mein Eigenthum verkaufen, so gut ich dem Käufer auch die Reivindi-

6) L. 1. L. 2. §. ult. L. 3. D. Pro emtore.

vindication hätte verkaufen und cebiren können 7). Da ich ihm aber die Klage nicht verkauft habe, so kann er auch den dadurch erstrittenen Vorthell mit Recht nicht verlangen. Ihm steht daher gegen mich nur die actio ex emto zu, und mit dieser kann er weiter nichts von mir fordern, als daß ich ihm die Sache übergebe, und da ich dieses nicht vermag, daß Interesse leiste 8). Die litis aestimatio hingegen kann weit mehr betragen, als der Werth der Sache und das Interesse. Denn der Würderungseid, wodurch sie bedingt ist, soll eine Strafe des Ungehorsams seyn 9). So erklärt sich nun folgende Stelle auf.

L. 21. D. h. t. Quid, si rem, quam vendidi, alio possidente, petii, et litis aestimationem accepi, utrum pretium illi debeo, an rem? Utique rem: non enim actiones ei, sed rem praestare debeo.

Da der Käufer der Erbschaft gleichsam an die Stelle des Erben tritt, so gehören ihm auch alle Activforderungen des Erblassers. Sollte also der Verkäufer der Erbschaft selbst dem Erblasser schuldig gewesen seyn, so ist diese Schuld als Etwas anzusehen, was aus der Erbschaft an den Verkäufer gekommen ist. Denn die Erbschaft befreite ihn von einer Verbindlichkeit durch Confusion. Er muß daher diese Schuld an den Käufer bezahlen. Ein Gleiches findet Statt, wenn ein Dritter dem Erblasser schuldig war, und nach dem Tode desselben der Verkäufer der Erbschaft des Schuldners Erbe geworden ist. Hier haftet

7) *L. ult. Cod. h. t.*

8) *L. 1. pr. D. de act. emti et vend. L. 4. Cod. eodem. L. 17. Cod. de fide instrum.*

9) *L. 1. et 8. D. de in litem iur. L. ult. D. de fideiussor.*

haftet nun der Verkäufer selbst für diese Schuld dem Käufer. Beide Fälle trägt *African L. 20. pr. et §. 1. D. h. t.* folgendermassen vor.

Si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris, ac post debitori eiusdem heres existas, actione ex emto teneberis. Quod simplicius etiam in illa propositione procedit, cum quis ipse creditori suo heres extitit, et hereditatem vendidit.

Ist der Verkäufer der Erbschaft nicht der alleinige Erbe, sondern es ist mit ihm noch ein Anderer zur Erbschaft gerufen, der aber nicht Erbe wurde, gleichviel, ob er die Erbschaft ausschlug, oder darum nicht dazu gelangte, weil die Bedingung, unter welcher er war zum Erben eingesetzt worden, nicht existirte; so entsteht die Frage, ob der Käufer der Erbschaft auf diesen vakanten Erbtheil Anspruch machen könne? Die Gesetze haben diese Frage nirgends berührt, geschweige entschieden. Sie setzen überall den Fall voraus, da die Erbschaft von einem Universal-Erben verkauft worden ist. Daher sind auch die Meinungen der Rechtsgelehrten über die Entscheidung derselben sehr verschieden. Es giebt darüber fünf verschiedene Meinungen. Ein Theil ¹⁰⁾ behauptet, daß mit dem Verkaufe

10) *Franc. DUARENUS de iure accrescendi libr. II. cap. 6. Oper. pag. 1090. Thom. PAPHILLONIUS de iure accrescendi lib. §. Secundo quaeritur (in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. T. IV. pag. 78a.) Helf. Ulr. HUNNIUS variar. R. solution. iuris civ. Lib. III. Tract. VII. P. I. Qu. 8. Io. SCHILFER Prax. iur. Rom. Exerc. XXX. §. 68. und besonders God. Lud. MENCKEN Diss. de iure accrescendi vendita hereditate ad emptorem pertinente, Lipsiae 1747. (in Opuscul. Nr. IX.)*

kaufe der Erbschaft auch das erbchaftliche Anwachsungsrecht auf den Käufer übergehe, weil er an die Stelle des Erben trete, und Ulpian L. 2. pr. D. h. t. überhaupt lehre, *inter ementem et vendentem id agi, ut neque amplius neque minus iuris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset.* Ja man glaubt, es könne gar kein Zweifel Statt finden, wenn man mit Julian L. 33. §. 1. D. de usufructu zum Grundsatz annehme, *portionem hereditatis vacantem portioni residuas accrescere instar alluvionis.* Ein anderer Theil ¹¹⁾ überzeugt sich zwar, daß dem Käufer der Erbschaft kein ius accrescendi zustehen könne, weil er nicht Erbe wird, sondern nach der ausdrücklichen Verordnung der Gesetze der Verkäufer Erbe bleibt. Nam *portio vacans personae heredis, non hereditati accrescit.* Weil aber dennoch der Verkäufer der Erbschaft alles an den Käufer abliefern müsse, und zwar, wie Ulpian L. 2. §. 4. D. h. t. ausdrücklich lehrt, *non solum, quod ad venditorem hereditatis iam pervenit, sed et quod quandoque pervenerit,* eben so, als wenn der Käufer selbst Erbe wäre, so könne dieser mit Recht von dem Verkäufer die Abtretung dessen verlangen, was in Ansehung des verkauften Erbtheils demselben nachher accrescirt.

Eine

11) Ger. WOODT Comment. ad Dig. h. t. §. Poffet. (Oper. T. II. pag. 403. sqq.) Io. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. Balth. BRANCHU Observation. ad ius Rom. Decad. I. Cap. 2. et Dec. II. in Addend. pag. 285. sqq. Sam. de COCCEJ Iur. civ. contro. h. t. Qu. 8. Ios. FINESTRES Praelection. Cervariens. ad Titulum Pandectar. de acquir. vel omittenda hereditate P. II. Cap. XI. §. 56 — 61. pag. 443. sqq. Ern. Christ. WESTPHAL Diff. de iure accrescendi inter coheredes. Halae 1761. Cap. I. §. 5. nr. V. pag. 16. und Desselben Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf.

Eine dritte Parthey¹²⁾ spricht hingegen dem Käufer alles Recht auf die dem Verkäufer nachher noch accreschte Erbportion ab, wenn sie ihm nicht ausdrücklich mit verkauft worden ist. Denn der ganze Streit, sagt diese Parthey, betrifft eine quaestio facti, nämlich was zwischen dem Käufer und Verkäufer bey Schließung des Contractes verhandelt worden, und was im Zweifel, ihrer Intention gemäß, anzunehmen sey. Nur die Grundsätze von der Auslegung der Verträge müssen daher entscheiden, ob die accreschte Portion dem Verkäufer oder dem Käufer gehöre. Diesen Leitfaden gebe Ulpian selbst an die Hand. Denn die *L. 2. D. h. t.* sey aus desselben *libro 49. ad Sabinum*

Kauf x. §. 851. und Ant. Fried. Just. Ehbaut Syst. des Pand. Rechts. 2. B. §. 844.

- 12) *Iac. Cujacius* Observat. Lib. XII. cap. 13. *Ant. Faber* de Errorib. Pragmaticor. Dec. L. Err. 5. *Arn. Vinnius* Selectar. iuris Quaestio. Lib. I. cap. 55. *Ulr. Huber* Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. *Ant. Schulting* Thes. controv. Decad. LKV. Th. 5. et 6. besonders *Io. van der Voort* de iure accrescendi venditori non emtori hereditatis competente. *Lugd. Batav.* 1721. *Lud. God. Madihn* Diss. de iure accrescendi post venditam hereditatem. *Halae* 1772. *Ios. Lud. Ernst. Püttmann* Diss. de iure accrescendi ad emptorem hereditatis haud pertinente. *Lipsiae* 1780. *Ge. Hen. Feil* Diss. de iure accrescendi vendita hereditate penes venditorem remanente. *Goettingae* 1784 und *Martin. Aschenbrenner* Diss. de iure accrescendi vendita hereditate in dubio venditori competente. *Bambergae* 1802. Diesen sind noch beyzufügen *Car. Frid. Walch* Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subf. I. §. 7. *Iul. Frid. Malblanc* Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 544. und *Hofacker* Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1941.

binum genommen. Vergleiche man nun sämtliche aus dieser n Buche des Ulpian entlehnte, und in den Pandecten zerstreueten Fragmente, so wie sie Zornel in seiner *Paulinger Resse* ²³⁾ zusammengestellt hat, so werde man daraus ersehen, daß Ulpian in diesem Buche die Lehre von der Ausübung der Verträge abgehandelt habe ²⁴⁾. Der Inhalt der *L. 2. D. h. t.* setze dieses vollends ausser Zweifel. Denn im §. 1. gebe Ulpian die Regel: *In hereditate vendita, cum de quantitate eius quaeritur, hoc esse servandum, quod actum est: plerumque autem hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse.* Diese Regel auf den gegenwärtigen Fall angewandt, entscheide hier alles. War also 1) bey Schließung des Kaufs ausdrücklich verabredet worden, daß der Erbtheil des Miterben auf den Fall, da er dem Verkäufer accresciren würde, dem Käufer zugleich mit verkauft seyn, und überlassen werden solle: so müsse es, Ulpians Regel zu Folge, bey der Verabredung bleiben, und der Käufer könne, wenn jener Fall eintritt, den accresciren Theil *actione emti* mit Recht abfordern. 2) Wenn aber dieses nicht ausdrücklich verabredet worden, es war jedoch der Erbtheil des Miterben zur Zeit des geschlossenen Contracts schon erdfnet, und von dem Verkäufer der Erbschaft durch *Accretion* erworben; so gehöre er, wofen er nicht ausdrück-

23) *Pal ingenesia libror. iuris veter.* Tom. III. pag. 583. sqq.

24) Man vergleiche *L. 3. et L. 38. D. de Verb. obligat. L. 178. D. de Verb. Signif.* welche alle aus *ULPIANI libro 49. ad Sabinum* genommen sind. *S. Abr. WIELING Iurisprud. restituta.* Tom. I. pag. 315.

sich ausgenommen worden, nach Ulpian's Regel zur verkauften Erbschaft. 3) Wäre er hingegen zur Zeit des geschlossenen Contracts noch nicht vakant gewesen, weil damals der Miterbe noch deliberirte, oder die Bedingung der Erbeinsetzung noch schwebte; so stehe dem Verkäufer das ius accrescendi, als wahrem Erben, zu, und der Käufer könne den Gewinn desselben nicht verlangen, sondern müsse sich, Ulpian's Regel gemäß, mit dem Theile der Erbschaft begnügen, welchen der Verkäufer zur Zeit des geschlossenen Handels daran hatte. Denn im Zweifel sey nicht zu vermuthen, daß ihm der Verkäufer mehr als seinen Erbtheil habe verkaufen wollen, weil er ja wegen des zur Zeit des Verkaufs noch nicht eröffneten Erbtheils seines damals noch deliberirenden Miterben dem Käufer nicht einmal Klagen cediren konnte. Nach einer vierten Meinung ¹⁵⁾ soll ein Unterschied gemacht werden, ob das Erbrecht selbst, oder blos die Erbschaft, nämlich für einen Inbegriff von Sachen genommen, verkauft worden sey. In dem ersten Falle gehe das ius accrescendi mit dem cedirten Erbrecht auf den Käufer über, es lasse sich aber dieser Fall nur gedenken, wenn der Verkäufer die Erbschaft selbst noch nicht angetreten hatte. In dem letztern Falle hingegen stimmt diese Meinung mit der vorhergehenden überein. Einzig, aber ihres Urhebers fast unwürdig, ist die fünfte Meinung ¹⁶⁾, welche einen Unterschied darin setzt, ob der Erbe die Erbschaft verkauft habe,

15) BESEKE de alienatione hereditatis. Cap. VII. §. §. 93. sqq. et -Caq. X. §. 137. sqq.

16) Marc. LYKLAMA & Nieholt Membranar. Vol. II. (Ienae 1624.) Lib. VI. Eclog. 9.

habe, nachdem er sie zwar angetreten, aber noch nicht Besitz davon ergriffen hatte, oder erst nachher, nämlich nachdem er den Besitz der erbbschaftlichen Sachen erlangt hat. Im ersten Falle sey mit der Erbschaft auch zugleich das *ius accrescendi* verkauft. Denn nur solange der Erbe noch nicht den Besitz der erbbschaftlichen Sachen ergriffen hat, daure die Erbschaft, als eine solche, fort ¹⁷⁾. Da nun die vakante Erbportion der Erbschaft *accrescere* ¹⁸⁾, so gehöre sie dem Käufer, der die Erbschaft noch, als eine solche, gekauft hat ¹⁹⁾. In dem letztern Falle aber, wenn der Erbe sich bereits in dem Besitz der erbbschaftlichen Güter befand, so gehe das *ius accrescendi* nicht auf den Käufer über. Denn hier hätte die Erbschaft schon vor dem Verkaufe ausgehört, eine solche zu seyn, und wäre eigenes Vermögen des Erben geworden ²⁰⁾. Fällt daher nun die Portion des Miterben aus, so gehöre sie dem Verkäufer, welcher nicht aufhört, Erbe zu seyn, und zwar sey hier anzunehmen, als ob sie gleich beym Tode des Erblassers mit Antretung der Erbschaft dem Erbhellen des Verkäufers angewachsen wäre. Unter diesen verschiedenen Meinungen verdient wohl unstreitig die dritte wegen der für sie streitenden wichtigeren Gründe den Vorzug. Denn 1) daß dem Käufer der Erbschaft kein *ius accrescendi* zustehet, kann man jetzt als eine ganz entschiedene Sache ansehen. Der Grund liegt 1) in
der

17) L. 4. L. 5. L. 9. et 10. et tot. Tit. Pand. de hereditat. petit.
L. 18 D. ad Leg. Falcid.

18) L. 33. §. 1. D. de Usufr.

19) L. 83 D. de acquir. vel omitt. hered.

20) L. 18. §. 1. D. ad SCtum Trebell.

der Natur des erbenschaftlichen Anwachsungsrechts selbst. Denn dieses Recht ist ein Annexum des Erbrechts, und findet nur unter Miterben Statt, welche zu derselben Erbschaft gerufen sind. Vermöge desselben wächst, wenn einer von den Miterben ausfällt, das ist, seinen Erbtheil nicht annehmen will oder kann, die erdfnere Portion den übrigen, welche die Erbschaft ihrer Seite angetreten haben, ipso iure, selbst wider ihren Willen zu ²¹⁾. Es beruhet dieß auf den Regeln des Civilrechts, daß der Erbe die Person des Erblassers vorstelle, und kein Erblasser, der nicht Soldat ist, Testaments, und Intestaterben zugleich hinterlassen kann ²²⁾. Allein durch den Verkauf der Erbschaft wird das Erbrecht selbst nicht übertragen. Der Käufer ist nur ein successor singularis, der sein Recht durch den Kauf erworben hat, und blos in Rücksicht der ihm durch den Kauf übertragenen erbenschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten gleichsam als Erbe angesehen wird. Der Verkäufer hingegen ist und bleibt der wahre Erbe, wenn er auch die Erbschaft nicht mehr besitzt ²³⁾. Nur ihm, und nicht dem Käufer, accresciert daher

21) L. 31. L. 53. §. 1. D. de acquir. vel omitt. hered. L. 9. D. de suis et legitim. heredib. L. un. §. 10. Cod. de caducis tollend.

22) CICERO de Inven. Lib. II. c. 63. L. 7. D. de div. reg. iur. L. un. §. 10. Cod. de caducis tollend.

23) Siehe die S. 320. Not. 70. angeführten ganz entscheidenden Gesetzstellen. Daher bezahlte auch ehemals die, vermöge der Lex Iulia, von Erbschaften zu entrichtende Vicesima nicht der Käufer, sondern der Verkäufer. S. 10. Phil. SLEVOGT Diss. de Vicesima hereditatum. §. 29. CRONOVIVS de Sestertis Lib. IV. c. 5. und Abr. WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 32.

her die ausfallende Erbportion. Der Grundsatz, den hier einige ²⁴⁾ aufstellen, *portio vacans accrescit portioni residuas instar alluvionis*; ist eben so unrichtig, als die Schlußfolge, daß das *ius accrescendi* auf den Käufer übergehe. Ulpian lehrt im Gegentheil ²⁵⁾: *heredi scripto sicut portio hereditatis, ita et bonorum possessio adcrefcit*. Wäre ein solcher unzertrennlicher Zusammenhang zwischen der Erbportion, welche der Erbe angenommen hat, und dem Erbtheile des ausfallenden Miterben, welcher ihm *accrescit*, wie zwischen dem Grundstück, und der Alluvion, die demselben zuwächst; wie hätten die Gesetze dem Testator erlauben können, das *Accrescenzrecht* durch Substitution auszuschließen? Die Gesetze, die man uns entgegenstellt, gehören gar nicht hierher. Die *L. 33. §. 1. D. de usufr.* zeigt blos den Unterschied zwischen einem *legato fundi* und *legato ususfructus, pluribus relicto*, in Absicht auf das *Accrescenzrecht*, wenn demjenigen, welcher auf die eröffnete Portion Anspruch macht, sein eigener Antheil rechtskräftig war abgesprochen worden ²⁶⁾. Hier sagt nun Papinian in *lite quidem proprietatis iudicatae rei exceptionem obstare, in fructus vero non obstare*, scribit IULIANUS; *quoniam portio fundi: velut alluvio, portioni, personae fructus accresceret*. Kann man denn aber wohl einen Erben, welcher seinen Erbtheil verkauft hat, mit einem Legatar vergleichen, dem sein Recht an der ihm mit mehreren zugleich vermachten Sache durch ein

rechts-

24) S. MENCKEN cit. Diff. §. 8. et 23.

25) *L. 2. §. 8. D. de bonor. poss. sec. tab.*

26) Man sehe über diese Stelle den 9. Th. dieses Commentars §. 637. 2. Not. 47. S. 286. f. auch Barth. CHESII Interpretat. iur. Lib. II. cap. 14. und Gregor. MAJANSII Disputat. iur. Tom. II. Disp. XXXVIII. §. 45.

rechtskräftiges Urtheil, es sey mit Recht oder Unrecht, nam res iudicata pro veritate accipitur²⁷⁾, ist abgesprochen worden? Würde nicht auch der Erbe so gut, wie der Legatar, wenn er seinen Erbtheil durch den unglücklichen Ausgang eines darüber entstandenen Prozeßes verloren hätte, das Accrescenzrecht vergeblich ansprechen? Denn wer kann ihn hier noch für einen Erben anerkennen? Würde man hingegen dem Legatar, der, während der Collegatar noch deliberirt, seinen Antheil an der ihnen beyden coniunctim vermachten Sache einem Dritten verkauft, das ius accrescendi wohl absprechen können, wenn nachher der Collegatar seinen Antheil ausschlägt? Mit Rechte gewiß nicht. Denn der Legatar, der einmal das Vermächtniß agnoscirt hat, hört durch den Verkauf seines Antheils eben so wenig auf, Legatar zu seyn, als der Erbe, der die Erbschaft angetreten, aber seinen Erbtheil, während der Deliberationszeit seines Miterben, verkauft hat²⁸⁾. Papinian lehrt auch nicht mit Julian das Gegentheil. Er sagt nicht schlechthin, das Accrescenzrecht folge der Portion, sie möge gekommen seyn, an wen sie wolle; sondern es ist in Absicht auf das Accrescenzrecht ein wichtiger Unterschied zwischen Legat und Erbschaft. Bey Vermächtnissen tritt das Accrescenzrecht nur dann ein, wenn mehreren zugleich dieselbe Sache ganz vermacht worden ist, so daß, wenn sie alle concurriren, das Ganze getheilt werden muß²⁹⁾. Es ist also, wenn es eintritt,

immer

27) L. 207. D. de div. reg. iur.

28) S. Ant. FABER de Erroribus Pragmaticorum P. II. Decad. L. Err. 6.

29) L. 3. pr. D. de usufr. accresc. L. un. §. II. Cod. de traduc. toll.

immer est ius non decrescendi³⁰⁾. Der Legatar konnte daher seinen Antheil an der legitirten Sache anders nicht, als mit dem ganzen Fundus verkaufen, der ihm so gut, wie dem nachher ausfallenden Mitvermächtnißnehmer, ungetheilt vermacht worden ist. Hier kann man gewissermaßen sagen, portio fundi velut alluvio portioni accrescit, obwohl, wie Cujaz³¹⁾ mit Recht bemerkt, die Vergleichung nicht ganz passend ist. Verbleibe also auch dem Verkäufer das Accrescenzrecht, weil der Käufer nicht Legatar wird, so muß er doch, nach der besondern Natur dieses Rechts, nun das ihm vermöge desselben zu Theil gewordene ganze Grundstück dem Käufer überlassen, weil es ihm schon zur Zeit des Verkaufs, nach dem Willen des Erblassers, ganz zugehörte³²⁾. Daher muß denn auch das Legat ganz so, wie es der Erblasser dem Legatar zugedacht hat, von demselben angenommen werden, und er darf es nicht halb annehmen und halb ausschlagen³³⁾. Bei Erbschaften hingegen findet das Accrescenzrecht Statt, es mögen die Erbtheile der Miterben bestimmt worden seyn, oder nicht. Man kann also hier nicht sagen, der Erblasser habe jedem die Erbschaft ganz zugedacht, und der Miterbe, welcher seinen Erbtheil verkauft hat, habe hiermit die ganze Erbschaft verkauft. Die Erbschaft ist schon gleich Anfangs in intellectueller Theile getheilt, und die nachher erfolgte reelle Theilung ist nichts anders, als eine

30) *Phil. Jac. HEISLER* Diss. de iure accrescendi in legatis semper iure non decrescendi. *Halae* 1759.

31) *Observation. Lib. XII. cap. 13.*

32) *S. Ant. FABER* cit. loc.

33) *L. 38. pr. D. de legat. I. L. 4. L. 58. D. de legat. II.*

eine bloße Vollziehung des Willens des Erblassers und der Gesetze. Der Erbe, welchem also zur Zeit des Verkaufs nur die Hälfte der Erbschaft zugehörte, weil der andere Miterbe sich noch nicht erklärt hatte, kann im Zweifel natürlich mehr nicht verkauft haben, als seinen Antheil, den ihm der Testator oder das Gesetz beschieden hat. Schlägt nachher der Miterbe die Erbschaft aus, so accrescirt nun zwar dem Verkäufer dieser eröffnete Theil der Erbschaft auch wider seinen Willen; allein er erhält diesen Erbtheil nicht sowohl nach dem Willen des Erblassers, als vielmehr, selbst wider des Testators Willen, nach Vorschrift der Gesetze, und also aus rechtlicher Nothwendigkeit. Es läßt sich demnach auf keine Weise behaupten, daß diese Hälfte der Erbschaft, die jetzt erst dem Verkäufer angewachsen ist, schon dem Käufer mit verkauft sey, welcher die dem Verkäufer damals nur deferirte Erbportion kaufte, gleichsam als wenn der Verkäufer zur Zeit des Verkaufs schon die ganze Erbschaft gehabt hätte. So wenig sich nun aus der angeführten *L. 33. §. 1. D. de usufr.* der Satz beweisen läßt, daß das Accrescenzrecht der Portion folge, und daher auf jeden Besizer derselben übergehe; eben so wenig beweist gegen unsere Meinung die *L. 83. D. de acquir. vel omitt. hereditate*. Hier sagt Ulpian: *Si totam, an³⁴) partem, ex qua quis heres insti-*

34) Fast alle wollen diese Lesart für fehlerhaft halten, und entweder das *an* ganz wegstreichen, wie z. B. *Bynkershoek* in der Gebauerischen Ausgabe des *Corpus iur. civ.* oder es in *eam* verwandeln. *S. Jac. GUYACIUS* Observation. Lib. II. cap. 7. et lib. III. cap. 38. *Io. VOET* Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Ant. FABER* de Errorib. Pragmaticor. Dec. L. Err. 5. *Thom. PAPILLONIUS* de iure accrescendi. Tom. IV. *Thef. Otton.*

institutus est, tacite rogatus sit restituere: apparet, nihil ei debere adcrefcere, quia rem non videtur habere, und hieraus schließt man denn, weil auch der Miterbe, welcher seinen Erbtheil verkauft hat, denselben nicht mehr hat, so stehe ihm auch das ius accrescendi nicht mehr zu, sondern dieses sey mit dem verkauften Erbtheil auf den Käufer desselben übergegangen. Allein man erwäge, daß Ulpian hier von dem Falle handelt, da der Erbe von dem Testator heimlich gebeten worden war, die Erbschaft ganz, oder seinen Erbtheil gegen das Verbot der Gesetze an eine unfähige Person wieder abzutreten, und der Erbe, zur Vollziehung eines solchen gesetzwidrigen letzten Willens, sich dem Testator verbindlich gemacht hatte. Man nannte eine solche letzte Willensverordnung fideicommissum

p. 782. Balth. BRANCHU Observation ad ius Rom. Decad. II. in Addend. pag. 289. und Ernst Ehtst. Westphal im syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente §. 282. Allein es ist hier keine Aenderung nöthig. Die Lesart, so wie sie ist, hat die Auctorität der besten Handschriften für sich. Man sieht, daß hier AN für sine steht. Eine gar nicht ungewöhnliche Bedeutung sowohl in den Gesetzen als bey den Klassikern. S. Io. STRAUCH Lexic. particular. iur. voc. An. und GESNER Thesaur. Ling. et E. R. sub voc. an. Ulpian wollte also eigentlich sagen: *Si totam hereditatem, sine partem, ex qua quis heres institutus est etc.* S. PÜTTMANN Diss. de iure accrescendi ad emtor. hereditatis haud pert. pag. 17. not. 14. Es lesen auch wirklich Haloander und Baudoua Cestius: *Si totam hereditatem, aut partem.* Allein HEINECCIUS ad Briffonium de Verb. Significat. h. v. hat dennoch gegen diese Lesart Verschiedenes erinnert, und die Emendation derjenigen, welche für an, eam lesen wollen, zu vertheidigen gesucht.

sum tacitum³⁵⁾. Von diesen Fideicommissen verordnete die *Lex Julia Caducaria* im 13. Kapitel nach der Restitution des Zeineccius³⁶⁾: *Si qui heres legatariusve in fraudem huius Legis a testatore tacite rogatus sit, ei restituere, qui per hanc Legem capere prohibetur, isque sciens dolo malo tacitam fidem testatori adcommodaverit, hereditate legatove, sibi relicto, privator, eaque populo vindicantur.* Kann man nur wohl den Verkäufer der Erbschaft, oder seines Erbtheils einem solchen Erben gleichachten, welcher sich wegen einer gesetzwidrigen Handlung der Erbschaft unwürdig, und daher auch des Accrescenzrechts verlustig gemacht hat? einem Erben, dem auch das *Senatusconsultum Plancianum* nicht erlaubte, die sonst dem Fideiuciar gebührende Quarte inne zu behalten³⁷⁾? Das Anwachsungsrecht findet ja nur unter Miterben Statt. Allein die Gesetze erkennen den für keinen Erben, der sich von dem Erblasser gebrauchen ließ, gegen das Verbot derselben zu handeln. Sie erklären ihn für einen *Prædo*³⁸⁾, und sprechen die Erbschaft, welche er den zur Erwerbung derselben

3 2

35) *L. 103. et L. 123. §. 1. D. de legat. I. L. 3. §. 3. L. 40. et L. 43. D. de iure fisci. L. 13. D. ad Leg. Falcid.*

36) *Commentar. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam. Lib. III. Cap. 9. §. 6. pag. 440.*

37) *L. 39. §. 1. D. ad Leg. Falcid. Man sehe auch L. 11. et L. 23. D. de his, quae ut indignis. L. 49. D. de iure fisci.*

38) *L. 46. D. de heredit. petit. Praedonis loco intelligendus est is, qui tacitam fidem interposuerit, ut non capienti restitueret hereditatem. S. Io. van NISPEN Disp. ad Fragmenta, quae in Dig. ex Herennii Modestini IX. libris Differentiar. supersunt. Cap. VII. (In Geyh. OELRICHS Thes. Dissertation. iurid. Belgicar. Vol. I. Tom. I. pag. 49.)*

selben Unfähigen heimlich restituiren sollte, dem Fiscus zu 39). Zwar fällt dem Unwürdigen wegen des eröffneten Erbtheils des andern Miterben kein Fraus zur Last. Allein wie kann ihm dieser Erbtheil accresciren, da er in Rücksicht seines eigenen Erbtheils zur Strafe für keinen Erben gehalten wird 40)? Sollte der Erbe nicht seinen ganzen Erbtheil, sondern nur einen Theil davon dem Unfähigen abtreten, oder hat ihn sonst noch der Erblasser honorirt, z. B. er hat ihn seinem unmündigen Kinde pupillarisch substituirt, so behält er diesen Vortheil, und es ist in Rücksicht der Substitution auch sogar die Antretung der väterlichen Erbschaft von Wirkung, wenn sie dem Erben auch von dem Fiscus wieder entzogen worden ist. Denn in Rücksicht der Substitution hat der Erbe nicht
in

39) *L. 17. §. 2. D. de Usuris. L. 13. pr. et §. 1. L. 49. D. de iure fisci. L. 3. Cod. ad Leg. Falcid. L. 12. §. ult. D. de fideicomm. libertat.* Dem Fiscus standen *ex tacito fideicommissio actiones in rem* zu. *L. 44. D. eodem.* Nach der *Lex Iulia Caducaria* flossen zwar die *fideicommissa tacita* in das *aerarium populi*. TACITUS *Annal. lib. III. cap. 25.* So war es auch noch zu den Zeiten des Kaisers Trajan. PLINIUS *Epist. Lib. II. Ep. 16. et VI. 12.* Allein ANTONINUS CARACALLA wies sie dem kaiserlichen Fiscus zu. ULPIANUS *Fragm. Tit. XVII. §. II. S. 10. Aug.* BACH Trajanus *f. de Legg. Trajani Imp. Commentar. pag. 47. sq.* Nach diesem neuern Rechte wurden denn auch die aus den Schriften älterer Röm. Rechtsgelehrten in die *Pandecten* aufgenommenen Fragmente interpolirt, S. HEINECCI Comment. cit. ad *L. Iul. et Pap. Popp. Lib. III. cap. 5. pag. 401. sq.*

40) S. *Franc. RAMOS DEL MANZANO Commentar. ad Ulpianum* in *L. 83. D. de acquir. vel omitt. hered.* (in *Ger. MEERMANN Novo Thes. iur. civ. et canon. Tom. VII. p. 255. sqq.*)

in fraudem legis gehandelt. Den Vortheil derselben verdankt er auch nicht sowohl den Gesetzen, als vielmehr dem Willen des Erblassers, und überdem ist ja die Erbschaft des unmündigen Kindes eine andere Erbschaft ⁴¹⁾, zu welcher der Substitut in vielen Fällen gelangen kann, ohne nothwendig Erbe vom Vater seyn zu müssen ⁴²⁾. So lehrt nun auch Paulus in folgender sehr merkwürdigen Gesetzstelle.

L. 43. §. 3. D. de vulgari et pup. substitut. Iulius Longinus pater eos, sagt er, quos sibi heredes instituerat, filio ita substituit: *Quisquis sibi heres esset. Unus ex heredibus institutis, qui tacitam fidem accommodaverat, ut non capienti partem ex eo, quod acceperat, daret, ad substitutionem impuberis admissus, utrum pro ea parte, pro qua scriptus fuit, veniat; an vero pro ea, quam cepit, ita ut augeatur eius pars in substitutione* ⁴³⁾? Respondi: *Qui in fraudem Legum fidem*

41) L. 2. §. 2. D. h. t.

42) L. 31. pr. L. 43. in fin. D. de vulg. et pupill. substitut.

43) Der Fall, den Paulus hier erörtert, ist folgender. Ein Vater hatte mehrere Erben eingesetzt, und diese alle seinem unmündigen Kinde pupillarisch substituiert. Einer von den Erben hatte jedoch dem Vater unter vier Augen versprochen müssen, daß er einen Theil von seiner Erbportion an eine Person abgeben wolle, welche die Gesetze im Testament selbst zu bedenken nicht erlaubten. Sämmlliche Erben traten die Erbschaft an, allein das fideicommissum tacitum wurde verrathen, und der Fiscus zog es ein. Nun starb das unmündige Kind des Erblassers noch vor dem Eintritt der Pubertät. Alle eingesetzte Erben waren dem Kinde substituiert. Hier tritt die Regel ein, welche Ulpian giebt L. 8. in fin. D. de vulg. et pup. substit.

fidem accommodat, adeundo heres efficitur: nec desinet heres esse, licet res, quas ita relictæ sunt, auferantur. Unde et ex secundis tabulis in tantum heres esse potest,
in

substit. Partes eadem ad substitutos pertinent, quæ in ipsius patrisfamilias habuerunt hereditate; oder wie ex L. 10. pr. D. eodem sagt: Substituti ex substitutione heredes existunt pro rata partium, ex quibus instituti sunt. Allein die Frage war, wie nun diese Regel in Ansehung desjenigen Miterben anzuwenden sey, der in fraudem Legum jene heimliche Verabredung mit dem Testator getroffen, und deswegen eine Verminderung seines Erbtheils erlitten hatte? Soll sein Antheil an der Substitution nach dem verminderten Erbtheil, den er von der Erbschaft wirklich erhalten hat, oder nach dem Verhältniß der Erbportion bestimmt werden, in welcher er im Testament ist eingesetzt worden, so daß er also nun bey der Substitution mehr erhält, als er durch die Institution erhalten hat? So hätte freylich die Frage eigentlich gestellt werden sollen, welche Paulus hier entscheidet. Denn die Worte: *ita ut augeatur eius pars in substitutione* passen nicht recht zu den unmittelbar vorhergehenden. Daher hat man hier mancherley Veränderungen im Text versucht. *CUJACIUS* in *Iulio Paulo ad h. L. (Operum postumorum. Tom. II. pag. 1120. edit. Fabror.)* meint, die Worte müßten auf folgende Art versetzt werden: *utram pro ea parte, quam cepit, veniat, an vero pro ea, pro qua scriptus fuit, ita ut augeatur eius pars in substitutione.* *ANT. FABER* *Conjectur. iur. civ. Lib. V. cap. 17. pag. 123. (edit. Aurel. Allobrog. 1609. f.)* glaubt hingegen der Wahrheit näher zu kommen, wenn er, ohne Versetzung der Worte, *ita ut non augeatur* liest. *Io Van de WATER* *Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 2.* verwirft beyde Emendationen. Er glaubt, die Worte: *ita ut augeatur eius pars in substitutione*, giengen nicht auf die Portion des Erben, welcher das fideicommissum tacitum übernommen hatte, sondern auf die übrigen Miterben, deren

in quantum scriptus esset ⁴⁴⁾: satis enim punitus est in eo, in quo fecit contra Leges. Quinimo, etsi desineret heres esse, idem dicerem: quemadmodum intelligendum est in eo, qui, cum scriptus esset heres, postquam adisset hereditatem, in servitutem redactus est, et postea libertate donatus, cui permillum est ad substitutionem venire, quae ei in testamento fuerat reli-

deren Theile bey der Substitution vergrößert würden, wenn der bestrafte Miterbe nur nach dem Verhältnis seines verminderten Erbtheils dabey concurrirte. Er hält daher das *ius* für fehlerhaft, und liefert statt dessen *institutorum*; ein Fehler, der, wie mehrere andere, gar leicht aus einer mißverstandenen Abbreviatur sein Daseyn erhalten haben könne. Ihm stimmt auch WALCH ad *Eckhardi* Hermeneut. iur. Lib. I. pag. 41. bey. Allein mit Recht behauptet *Westphal* in der Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 698. daß nichts geändert zu werden brauche.

- 44) Die Entscheidung geht nun also dahin, der Erbe, welcher in fraudem legis gehandelt hat, concurrirte dennoch bey der Substitution nach dem Verhältnis desjenigen Theils, in welchem er zum Erben eingesetzt worden ist, eben so als wenn er gar keine Verminderung daran erlitten hätte. Der Grund ist, weil ihn die Gesetze nur insofern, als er gegen das Verbot derselben gehandelt hat, nicht als Erben anerkennen, und ihn der durch sie eingeführten Wohlthaten für unwürdig halten. In Rücksicht derjenigen Vortheile hingegen, welche er blos dem Willen des Erblassers zu verdanken hat, ist und bleibt er Erbe, welcher er durch die Antretung geworden ist, und zwar zu dem Antheile, in dem ihn der Testator instituirt hat, wenn ihm auch dieser ganz vom Fiskus wäre genommen worden, weil er ja sonst eine doppelte Strafe leiden würde. S. RAMOS DEL MANZANO Comm. cit. §. 21. Tom. VII. *Thef. Meerm.* p. 262. und CUIACIUS c. I. pag. 1120.

relicta. *Licet enim hereditatem ex institutione amisit, tamen ex substitutione istam portionem, quantum amisit, percepturum.*

Wie läßt sich nun also die *L. 83. D. de acquir. heredit.* auf einen Miterben anwenden, der seinen Erbtheil verkauft hat? Wie kann hier der Grund eintreten, *nihil ei debet accrescere, quia rem non videtur habere*, da die *L. 4. §. 3. D. Si quis omiſſa causa testamenti* gerade das Gegentheil lehrt, wo Ulpian sagt: *Si quis vendiderit hereditatem, utique possidere videtur: non dolo fecisse, quominus possideat?* Der Verkäufer ist und bleibt Erbe, nicht bloß darum, weil er das Kaufgeld in Händen hat, welches an die Stelle der Erbgüter getreten ist (denn er würde auch Erbe bleiben, wenn er gleich seinen Erbtheil verschenkt hätte); sondern weil, wie Anton Faber⁴⁵⁾ sehr richtig sagt, das *ius et nomen heredis*, dem das Accrescenzrecht folgt, nicht veräußert werden kann. *Proinde non potest videri nihil habere, cui possit deficiens portio adcreſcere*, sagt dieser große Rechtsgelehrte, *quia ius et nomen heredis, quod retinet, ob acquisitam semel hereditariam portionem, portionis ipsius loco semper est.* Ein anderer Hauptgrund, welcher die Wahrheit, daß nicht dem Käufer, sondern dem Verkäufer der Erbschaft das *ius accrescendi* zustehet, beruhet

2) darin, daß die Gesetze zwischen dem Verkäufer und Käufer einer Erbschaft ein solches Verhältniß eintreten lassen, wie zwischen einem Erben, welchem der Erblasser die Restitution der Erbschaft auferlegt hat, und dem

45) De errorib. Pragmaticor. Decad. L. Err. 5.

dem Fideicommissar, welchem die Erbschaft, dem Willen des Erblassers gemäß, wieder abgetreten worden ist. Justinian sagt §. 6. *I. de fideicomm hereditat.* Sed quarta quidem retenta quasi partis et pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium, et heredem: si vero totam hereditatem restitueret, *emptas et venditae hereditatis stipulationes* interponebantur⁴⁶). Nun geht das ius accrescendi nicht auf den Fideicommissar über, sondern steht dem Fideiuciar auch nach der Restitution der Erbschaft zu⁴⁷). Der Grund ist ganz der nämliche. Restituta enim hereditate, sagt Justinian §. 3. *I. eodem*, is quidem, qui restituit, nihilominus heres permanet, is vero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habetur. So deutlich sich schon daraus ergiebt, daß dem Fideicommissar eben so wenig, als dem Käufer der Erbschaft, das Accrescenzrecht zustehen könne, so bestimmt sagen es auch die

46) Man vergleiche auch *L. ult. D. de transact. L. 54. pr. D. de heredit. petit.*

47) *S. Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. L. Err. 4. Ulr. HUBER Praelection. ad Pand. Lib. XXIX. Tit. 1. §. 7. Ios. Fern. de RETES Opusculor. Lib. III. ad L. 79. D. ad Sct. Trebell. nr. 4. et 5. (in Thef. Meerm. Tom. VI. pag. 183.) Franc. RAMOS DEL MANZANO Commentar. ad L. 83. D. de acquir. vel omitt. heredit. §. 26. (in Thef. Meerm. Tom. VII. pag. 263. sq.) Arn. VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 55. Ios. FINESTRES Praelection. Cervariens. ad Tit. Dig. de acquir. vel omitt. hered. P. II. cap. XI. §. 53. Abr. WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 31. §. Quae vero. p. 249. und Ernst Ehrst. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen. 2. Th. §. 1732.*

die Gesetze selbst. Sehr merkwürdig ist hierüber folgende Gesetzstelle.

L. 43. D. ad Sctum Trebell. PAPINIANUS tractat: Si quis heres institutus ex femisse, rogatus sit restituere hereditatem, et eam suspectam dicens, compulsus adit, deinde fideicommissarius ignarus sit, adcreviffe portiones hereditatis post restitutionem scripto heredi: an opus sit ei alia actione? Et ait: securum esse eum posse. De illo plane loco solo quaerendum ait, an ei opus sit nova restitutione, posteaquam portio adcrevit?

Es ist hier von einem solchen Falle die Rede, wo der Erbe, welcher in Rücksicht seines Erbtheils mit einem Fideicommiss war beschwert worden, auf Verlangen des Fideicommissars, zur Antretung der Erbschaft hatte gezwungen werden müssen, weil er sich unter dem Vorwande, die Erbschaft könnte verschuldet seyn, dieselbe anzutreten geweigert hatte. Ein solcher Zwang hatte vermöge des Pegasusischen Senatusconsults Statt⁴⁸⁾. Der Fiduciar verlor zwar dadurch allen Vortheil der Erbschaft, dagegen war er aber auch gegen allen andern Anspruch gesichert⁴⁹⁾. Denn er trat nun die Erbschaft auf die Gefahr des Fideicommissars an. Die sämmtlichen Activ- und Passiv-Forderungen giengen daher, wie beim Senatusconsulto Trebelliano, auf den Fideicommissar über, ohne daß es hier der sonst gewöhnlichen Stipulationen bedurfte⁵⁰⁾. Nachdem der gezwungene Erbe seinen Erb-

48) §. 6. I. de fideicomm. hereditat.

49) L. 4. L. 27. §. 2. D. ad Sctum Trebell.

50) §. 6. I. de fideicomm. hereditat. Man vergleiche damit ULP. Fragm. Tit. L. V. §. 15. et 16.

Erbtheil an den Fideicommissar abgetreten hatte, schlägt der andere Miterbe seinen Erbtheil aus. Daß hier diese eröffnete Portion dem Fiduciar anwuchs, war gar keine Frage. Papinian setzt dieß, als sich von selbst verstehend, voraus. Denn der Fiduciar ist und bleibt wahrer Erbe, auch nach der Restitution⁵¹⁾. Allein der Fideicommissar hatte von dieser Accretion nichts gewußt⁵²⁾. Es war also hier nicht so, wie bey der Restitution des eigenen Erbtheils des Fiduciar, eine gezwungene Antretung auf Verlangen des Fideicommissars geschehen, sondern der Erbtheil des ausfallenden Miterben war dem Fiduciar vermöge unmittelbarer Verordnung der Gesetze angewachsen. Daher entstand nun eine doppelte Frage. Erstens, ob nicht etwa noch eine besondere Handlung⁵³⁾, nämlich von

Sei-

51) *S. Ant. FABER de Errorib. Pragmaticot. Dec. XXVII. Err. 5.*

52) Fast alle Ausleger der *L. 43. cit.* halten die Worte: *deinde fideicommissarius ignarus sit*, für fehlerhaft, und wollen dafür mit *CUJACIUS Observation. Lib. XII. cap. 12. gnarus* lesen. Man will also diese Worte so verstehen, nachdem der Fideicommissar erfahren, daß die Portion des Miterben dem Fiduciar angewachsen sey, wäre die Frage entstanden, ob etwa auch in Ansehung dieses accretirten Erbtheils von Seiten des Fideicommissars erforderlich sey, den Fiduciar zur Antretung desselben besonders anhalten zu lassen. Diese *Cujacische* Lesart hat besonders *Siegm. Reich. IACURIUS in Meditationib. critic. de Negationibus Pand. Florent. Cap. XVII. pag. 312.* zu vertheidigen gesucht. Allein *Ios. Fern. de RETZS Opuscul. c. 1. pag. 83.* hält mit Recht eine Aenderung der Lesart für unnöthig.

53) Das Gesetz sagt: *an opus ei sit alia actione?* Auch diese Worte sollen fehlerhaft seyn, weil es keine besondere Klage gebe, um den Fiduciar zur Antretung der Erbschaft zu zwingen,

gen,

Seiten des Fideicommissars ein nachgesuchter Zwang, oder von Seiten des Fiduciars wenigstens noch eine besondere Antretung nöthig sey, um gegen allen Nachtheil gesichert zu seyn? Zweytens, ob nicht auch eine neue Restitution in Ansehung des eröffneten Erbtheils erfordert werde, wenn er auf den Fideicommissar übergehen solle. Denn der Fiduciar hatte sich desselben unwürdig gemacht. In Ansehung der ersten Frage sollte man glauben, es sey, theils von Seiten des Fiduciars, um in Ansehung der accrescirten Erbportion gegen die Ansprüche der Legatäre und Erbschaftsgläubiger vollkommen gedeckt zu seyn, theils auch von Seiten des Fideicommissars um die Restitution dieses eröffneten Erbtheils verlangen zu können, die gesetzlich geschehene Accretion nicht für hinreichend zu halten, sondern es müsse ausserdem noch eine besondere Handlung hinzukommen. Denn der Fiduciar konnte die Erbschaft nicht eher abliefern, als bis er sie selbst angetreten hatte, und wegen des Vortheils, gegen alle weiteren Ansprüche gesichert zu seyn, war es sogar zuweilen eine Cautel, sich zur Antretung der Erbschaft zwingen zu lassen⁵⁴). Papinian entscheidet nun diese erste

Frage

gen, sondern bloß *extra ordinem* von dem Prätor ein Decret gefordert werde. *L. 6. pr. L. 67. pr. D. ad SCtum Trebell.* Euzaj a. a. O. will daher lieber *alia aditionis* lesen. Anton Faber a. a. O. hingegen *alia coactione*. Allein RETES Opuscul. c. 1. hat sehr richtig bemerkt, daß das Wort *actio* hier nicht für Klage, sondern für *actus* genommen werde, und daher keine Aenderung nöthig sey. Denn darunter ist sowohl *aditio* als *coactio* begriffen. Daß aber zwischen beyden noch ein Unterschied sey, hat Faber a. a. O. gezeigt.

54) *L. 45. D. ad SCt. Trebell.*

Frage mit Recht so, daß die einmal erzwungene Erbschaftsantretung auch in Rücksicht der accrescirten Erbportion, ohne eine neue Handlung, hinreichend sey. Cum enim semel adita est hereditas, sagt Papinian an einem andern Orte ⁵⁵), omnis defuncti voluntas rata constituitur. Man wende nicht ein, da der Erbe die Erbschaft nicht habe annehmen wollen, so könne sich die Wirkung des Zwanges weiter nicht erstrecken, als so weit derselbe geschehen ist. Der Fiduciar sey also nur in Rücksicht des restituirten Erbtheils für einen Erben zu halten, nicht in Ansehung der nachher erst eröffneten Erbportion. Denn in Absicht auf die Erwerbung der Erbschaft ist zwischen einer freywilligen und einer erzwungenen Antretung kein Unterschied. Der Unterschied betrifft blos die Vortheile, deren sich der Fiduciar verlustig macht, wenn er sich zur Antretung zwingen läßt. Ihm accrescirt daher der eröffnete Erbtheil dennoch, auch wider seinen Willen, ohne neuen Zwang und Antretung ⁵⁶). Allein er darf ihn nicht behalten. Dagegen darf er aber auch wegen erbchaftlicher Forderungen ganz unbesorgt seyn. Denn hat einmal der Fiduciar die Erbschaft gezwungen angetreten, so erwirbt er auch den accrescirten Erbtheil nicht anders, als wider seinen Willen, und also auf die Gefahr des Fideicommissars. Der Fideicommissar kann daher nun nicht sagen, er habe den Erben in Ansehung des angewachsenen Erbtheils nicht zur Antretung gezwungen. Er kann sich also unter diesem Vorwande auch den Lasten desselben nicht entziehen. Da nun aber der Fiduciar den ihm accrescirten Erbtheil nicht

55) L. 55. §. 2. D. eodem.

56) L. 35. pr. D. de acquir. vel omitt. hered.

nicht behalten darf, so entsteht jetzt noch die zweyte Frage, ob eine neue Restitution nöthig sey, wenn derselbe auf den Fideicommissar übergehen soll? Papinian entscheidet diese Frage nicht deutlich. Daher sind die Ausleger hierüber verschiedener Meinung. Cujaz ⁵⁷⁾ glaubt, daß sie nach dem Geist des Gesetzes eben so, wie die erste, zu verneinen sey, weil dasjenige, was der Erbe verliert, welcher sich zur Antretung der Erbschaft zwingen läßt, tacito iure auf den Fideicommissar übergehe. Ihm stimmt auch Westphal ⁵⁸⁾ bey. Allein Anton Faber ⁵⁹⁾ und Joseph Fernandez de Retes ⁶⁰⁾ behaupten mit mehrerem Grund das Gegentheil. Denn es ist ein großer Unterschied zwischen der Accretion und der Restitution. Erstere geschieht ipso iure, und bedarf daher weder einer Antretung, noch eines Zwanges. Ist nun auch gleich die Antretung der Erbschaft an sich factisch, so ist doch nur eine Antretung zur Erwerbung der ganzen Erbschaft hinreichend. Allein die Restitution der Erbschaft ist blos factisch, nicht iuris, sie ist daher nur insofern von Wirkung, als sie wirklich geschehen ist ⁶¹⁾. Man kann also nicht sagen, daß derjenige, welcher nur einen Theil der Erbschaft restituiert hat, hierdurch schon die ganze Erbschaft restituiert habe. Es wird daher wegen des accrescirten Erbtheils allerdings eine neue Restitution erfordert. Doch ist hier der Um-

stand

57) Observat. Lib. XII. c. 12. in fine.

58) Hermeneut. syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 1732.

59) De Errorib. Pragm. Dec. L. Err. 4.

60) Opusculor. Lib. III. pag. 183.

61) L. 63. pr. D. ad SCtum Trebell.

stand nicht auffer Acht zu lassen, daß der Fiduciar sich zur Antretung der Erbschaft zwingen ließ. Hätte er die Erbschaft freywillig angetreten, so würde von einer Abtretung dessen, was dem Fiduciar noch nach der Restitution seines Erbtheils vermöge des Accrescenzrechts anfiel, wohl keine Frage haben entstehen können, weil ja der Fideicommissar in diesem Falle nicht mehr verlangen kann, als ihm der Erblasser hat zuwenden wollen⁶²⁾. Eben so wenig kann auch nun

II. der Käufer der Erbschaft von dem Verkäufer derselben den diesem erst nach dem Verkaufe noch accrescirtten Erbtheil des ausfallenden Miterben verlangen. Denn hier kommt es blos auf die Rechte und Verbindlichkeiten unter den Contrahenten an, welche die Natur des Kaufcontracts bestimmt. Ist nun auf den Fall einer etwa erfolgenden Accretion nichts ausdrücklich verabredet worden; so kann im Zweifel nicht angenommen werden, daß der Miterbe, welcher zur Zeit des geschöhenen Verkaufs weiter nichts, als seine Hälfte, hatte, die ganze Erbschaft habe verkaufen wollen. Dieß ist der Regel gemäß, welche Ulpian L. 2. §. 1. D. h. t. giebt, Verius est, hoc esse fer-

62) Anderer Meinung sind zwar PAPILLONIUS de iure accrescendi (in *Thef. Otton.* Tom. IV. p. 782.) DUARENUS de iure accresc. Lib. I. c. 6. VOET Comm. ad Pand. T. II. Lib. XXXVI. Tit. 1. §. 38. LYCKLAMA a *Nyholt* Membranar. Lib. VI. Eclog. 10. *Ios.* FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Dig. de acquir. vel omitte. hered. P. II. Cap XI. §. 55. und *Ehibaut* Syst. des Pand. R. 2. B. §. 844. Allein diese Meinung widerlegt sich nun von selbst. Man sehe auch WESTPHAL Diss. de iure accrescendi. §. 5. nr. IV. pag. 13.

servandum, *quod actum est*; plerumque autem hoc agi videtur, ut *quod ex hereditate pervenit in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse*. Hierher gehört ferner, was eben dieser Ulpian an einem andern Orte lehrt, *L. 34. D. de div. reg. iur.* Semper in stipulationibus et in caeteris contractibus id sequimur, *quod actum est*, et si non appareat, quid actum sit, ad id, *quod minimum est*, redigenda summa est. Diesem ist keinesweges entgegen, was eben dieser Rechtsgelehrte *L. 2. pr. D. h. t.* sagt: *Venditor hereditatis* satisfacere de evictione non tenetur, cum inter eumentem et vendentem id agatur, *ut neque amplius, neque minus iuris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset*. Denn dieses geht offenbar auf den Fall, da ein Universalerbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft hat. Der Grund der Entscheidung ist hier nicht, weil der Erbe sein Erbrecht selbst veräußert habe, denn dieses ist an sich unveräußerlich; sondern weil hier der ganze Inbegriff von erbchaftlichen Rechten und Verbindlichkeiten den Gegenstand des geschlossenen Kaufs ausmacht. Es kann daher diese Entscheidung unserer Meinung nicht entgegen stehen, da hier von keinem Accrescenzrecht die Frage seyn kann. Ein Gleiches gilt von der *L. 2. §. 4. D. eodem*, wo Ulpian sagt: *Non tantum autem, quod ad venditorem hereditatis iam pervenit, sed et, quod quandoque pervenerit, restituendum est*. Auch hier ist von dem Verkaufe einer ganzen Erbschaft die Rede. Es läßt sich daher diese Stelle auf den Fall, da ein Miterbe seinen Erbtheil verkauft, ehe noch der Fall der Accretion eingetreten war, um so weniger anwenden, da ein Inbegriff gewisser Sachen, nicht aber eine bloße Hofnung der Erbschaft, den Gegenstand des

Con,

Contractus ausmacht. Nun war die nachher noch angewachsene Erbportion des ausfallenden Miterben zur Zeit des geschlossenen Contractus nur noch zu hoffen, mithin als ein noch ungewisser Gewinn anzusehen, sie kann also auch unter dem Kaufe nicht mit begriffen seyn. Sollte freylich dem Verkäufer nachher noch Etwas zufallen, was schon zur Zeit des Verkaufs als zu dem verkauften Erbtheil gehörig angesehen werden konnte; z. B. es wird eine unbekante Activschuld noch nachher heimgezahlt; so kann mit Recht der Käufer seinen Antheil davon fordern.

II. Der Käufer der Erbschaft muß dagegen nicht nur, wie jeder andere Käufer, das bedungene Kaufgeld bezahlen, sondern er darf sich auch, da er in Rücksicht des Umfangs der durch den Kauf erworbenen Rechte und Verbindlichkeiten als Erbe angesehen wird, den Beschwerden und Pflichten eines Erben nicht entziehen. Der Käufer ist daher:

1) dem Verkäufer zur Bezahlung der Schulden des Erblassers verpflichtet, und dieser kann sogar alles, was ihm der Erblasser selbst schuldig war, fordern. Denn wenn der Erbe die Erbschaft verkauft, so wachet dadurch die wegen der durch Antretung der Erbschaft entstandenen Confusion erloschene Forderung des Erben an den Erblasser wieder auf, wie Ulpian *L. 2. §. 18. D. h. t.* lehrt, wenn er sagt: *Cum quis debitori suo heres extitit, confusione creditor esse desinit. Sed si vendidit hereditatem, acqussimum videtur, emptorem hereditatis vicem heredis obtinere: et idcirco teneri venditori hereditatis, sive, cum moritur, testator debuit, quamvis*

post mortem debere desit, adita a venditore hereditate; sive quid in diem debeatur; sive sub conditione, et postea conditio extitisset: ita tamen, si eius debiti adversus heredem actio esse poterat, ne forte etiam ex his causis, ex quibus cum heredem actio non est, cum emptore agatur. Ulpian setzt jedoch hier billig voraus, daß die Forderung des Verkäufers an den Erblasser eine rechtlich gegründete Forderung sey, so daß er deswegen gegen einen jeden andern Erben mit Wirkung hätte klagen können. Denn hätte der Erblasser dagegen gegründete Einreden gehabt, womit jeder andere Erbe sich hätte schützen können, so stehen diese auch dem Käufer der Erbschaft gegen den Verkäufer zu, damit er nicht deterioris conditionis, als ein wahrer Erbe, sey. Qui enim in ius alterius succedit, eiusque vicem sustinet, iure eius uti debet⁶³⁾. Ein Gleiches gilt in dem Falle, da Servituten, die dem Verkäufer der Erbschaft auf Grundstücken des Erblassers zustanden, durch Confusion erloschen waren. Auch hier kann der Verkäufer gegen den Käufer der Erbschaft ex vendito auf Restitution derselben klagen, wie ebenfalls Ulpian in dem angeführten Gesetz §. 19. sagt: Et si servitutes amisit heres institutus, adita hereditate, ex vendito poterit experiri adversus emptorem, ut servitutes ei restituantur. Hiermit stimmt auch Pomponius überein, wenn er L. 9. D. Communia praedior. sagt: Si ei, cuius praedium mihi serviebat, heres extiti, et eam hereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet: quia id agitur, ut
quasi

63) L. 177. pr. D. de div. reg. iur. C. Ant. FABRI Rational. ad L. 2. §. 18. D. h. t.

quasi tu heres videaris extitisse. Es kann sich der Fall ereignen, daß der Verkäufer der Erbschaft nachher des Käufers Erbe wird, und dann desselben Erbschaft wieder an einen Dritten verkauft. Hier entsteht nun die Frage ob der Verkäufer, der noch aus dem Verkaufe der ersten Erbschaft an den Käufer derselben Forderungen hatte, deshalb gegen den Dritten klagen könne, an welchen er desselben Erbschaft wieder verkauft hat? Die *actio venditi*, welche dem Verkäufer gegen den ersten Käufer zustand, ist zwar freylich durch die Antretung der Erbschaft desselben erloschen. Allein dieses hindert nicht, daß der Verkäufer dennoch *ex vendito* gegen den zweyten Käufer auf Leistung dessen klagen könne, was dieser hätte leisten müssen, wenn er selbst Erbe des ersten Käufers geworden wäre, oder was der Verkäufer von jedem andern Erben desselben hätte fordern können. Denn der Käufer einer Erbschaft vertritt ja die Stelle des Erben. Die Klage gegen den zweyten Käufer ist also hier nicht die dem Verkäufer gegen den ersten Käufer zuständig gewesene Klage. Denn diese ist durch die Antretung seiner Erbschaft erloschen. Es ist vielmehr eine an die Stelle der erstern getretene neue Klage. So entscheidet Ulpian, gestützt auf die Auctorität des Julians, wenn er *L. 2. §. 15. D. h. t.* sagt: *Si Titius Maevii hereditatem Sejo vendiderit, et a Sejo heres institutus eam hereditatem Attio vendiderit: an ex priore venditione hereditatis cum Attio agi possit? Et ait IULIANUS, quod venditor hereditatis petere a quolibet extraneo herede potuisset, id ab hereditatis emtore consequatur. Et certe si Sejo alius heres extitisset, quidquid venditor Maevianae hereditatis nomine praestitisset, id ex vendito*

actione consequi ab eo potuisset ⁶⁴). Hat der Verkäufer blos seinen Erbtheil verkauft, er hatte aber, ehe noch die übrigen Miterben die Erbschaft angetreten hatten eine Schuld des Erblassers in solidum bezahlen müssen, weil eine Strafe dabey bedungen war ⁶⁵); so kann er von dem Käufer der Erbschaft mit der *actio venditi* verlangen, daß er ihm die bezahlte ganze Geldsumme wieder erstattet, wenn er von den übrigen Miterben, wegen Insolvenz derselben, mit der *actio familiae erciscundae* keinen Erbsatz erhalten konnte ⁶⁶).

2) Der Käufer der Erbschaft ist ferner zur Bezahlung der Vermächtnisse verpflichtet; ja er muß auch sogar alsdann, wenn der Verkäufer eines Legatars Erbe geworden wäre, das Vermächtniß demselben so gut, wie jedem andern Legatar, bezahlen. Merkwürdig ist folgende Gesetzesstelle. *L. 24. D. h. t. Hereditatem Cornelii vendidisti. Deinde Attius, cui a te herede Cornelius legaverat,*

64) Man sehe über diese *L. 2. §. 15. D. h. t. Ant. FABRI* Rational. in Pand. und *Westphal* vom Kaufe. §. 864.

65) *L. 25. §. 13. D. Famil. ercisc. L. 5. §. ult. L. 85. §. 6. D. de Verbor. obligat.*

66) *L. 18. D. de hered. vel act. vend. Si ex pluribus heredibus unus, antequam caeteri adirent hereditatem, pecuniam, quae sub poena debebatur a testatore, omnem solverit, et hereditatem vendiderit, nec a coheredibus suis propter egestatem eorum quicquam servare poterit: cum emtore hereditatis vel ex stipulatu vel ex vendito recte experietur: omnem enim pecuniam hereditario nomine datam, eo manifestius est, quod in iudicio familiae erciscundae deducitur: per quod nihil amplius unusquisque a coheredibus suis consequi potest, quam quod tanquam heres impenderit. C. Westphal §. 854.*

verat, prius, quam legatum ab emtore perciperet, te fecit heredem. Recte puto ex vendito te acturum, ut tibi praestetur: quia ideo ⁶⁷⁾ eo minus hereditas venierit, ut id legatum praestaret emtor: nec quicquam interfit, utrum Attio, qui te heredem fecerit, pecunia debita sit, an legatario ⁶⁸⁾. Der Käufer muß endlich

3) den

67) Statt *quia ideo eo minus* liest *Saloander* quando eo minus. *Pauboga* quo ideo minoris. Unser Erlanger Codex stimmt mit der Florentinischen Lesart überein. Der Sinn der Worte ist immer der nämliche. *Labeo* führt hier zwey Gründe an, warum der Verkäufer der Erbschaft, als Erbe des Legatars, gegen den Käufer derselben auf die Bezahlung des Vermächtnisses klagen könne. Der eine Grund, der in diesen Worten ausgedrückt ist, besteht darin, weil der Käufer wegen des von der Erbschaft zu entrichtenden Vermächtnisses dem Verkäufer einen desto geringeren Preis für die Erbschaft bezahlt hat. Daher ist es billig, und der stillschweigenden Intention der Contrahenten gemäß, daß der Käufer dieses Legat jetzt auch dem Erben des Legatars prästire. *S. Corn. van BYNKERSHOEK* Observat. iuris Rom. Lib. VI. cap. 6.

68) Bey diesen Worten finden die Ausleger Schwierigkeiten. Sie sollen auf den hier entschiedenen Fall nicht recht passen. Denn *Attius* war ja selbst der Legatar. *Ant. FABER* Rational. in Pand. ad h. L. will daher statt an legatario, lesen an *ALII legatario*. Dieser Lesart stimmt auch *Herm. CANNegieter* Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 6. pag. 256. bey. *Ulein Corn. van BYNKERSHOEK* c. 1. verwirft sie geradezu. Er sagt, der Sinn dieser Worte, welche den andern Entscheidungsgrund enthalten, sey der: daß es auch dem Käufer der Erbschaft nichts verschlagen könne, ob er dem *Attius* das Legat bezahlt, oder dem Verkäufer, welcher desselben Erbe geworden ist. Diesen Sinn werde man erhalten, wenn man statt *Attio*

3) den Verkäufer auch wegen des übrigen Aufwandes des entschädigen, den er der Erbschaft wegen gehabt hat. Dahin gehören z. B. die auf das Begräbniß des Verstorbenen verwendeten Kosten, ferner was der Verkäufer, als Erbe, von öffentlichen Abgaben entrichtet hat, welche auf den erbchaftlichen Grundstücken haften. Ja auch sogar dasjenige, was zwar der Verkäufer noch nicht bezahlt hat, allein noch der Erbschaft wegen bezahlen muß, kann er von dem Käufer fordern. L. 2. §. 11. D. h. t. Sive ipso venditor dederit aliquid pro hereditate, sive procurator eius, sive alius quis pro eo, dum negotium eius gerit: locus erit ex vendito actioni: dummodo aliquid absit venditori hereditatis. L. 2, §. 16. D. eodem. Si quid publici vectigalis nomine praestiterit ven-

vielmehr tibi liest, und die Worte auf folgende Art versteht: *nec quicquam interfit, utrum tibi, an legatario, qui te heredem fecerit, pecunia debita sit.* Allein hier ist die eine Emendation violenter, als die andere. Mir scheint daher noch immer die Erklärung des Accursius, welcher auch POTHIER Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. XVI not. h. beystimmt, die beste zu seyn, welcher die Worte so versteht: *nihil interesse, utrum Attio pecunia debeatur, ut creditori ex contractu, an ut legatario.* Daß das Nämliche auch bey dem Erben des Legatars Rechtens sey, bedurfte keiner besondern Erwähnung, sondern ist stillschweigend durch die Worte: *qui te heredem fecerit,* angedeutet. Bynkershoff selbst hält diese Erklärung für gar nicht unrichtig. Er glaubt aber doch, daß man, zur Unterstützung derselben, mit Anwendung der Regel der Semination, so lesen müsse: *Utrum Attio, qui te heredem fecerit, pecunia debita sit, an LEGATARIO, hoc est, legata legatario.* Eben den Sinn, sagt er, werde man erhalten, wenn man statt *legatario* auch *legata* liest.

venditor hereditatis: consequens erit dicere, agnoscere emptorem ei hoc debere. Namque hereditaria onera etiam haec sunt. Et si forte tributorum nomine aliquid dependat, idem erit dicendum. *L. 2. §. 18. D. eod.* Quodsi funere facto, heres vendidisset hereditatem: an impensam funeris ab emptore consequatur? Et ait LABEO, emptorem impensam funeris praestare debere: quia et ea, inquit, impensa hereditaria est. Cuius sententiam et JAVOLENUS putat veram, et ego arbitror. *L. 2. §. 10. D. eod.* Sed et si quid venditor nondum praestiterit, sed quoquo nomine obligatus sit propter hereditatem, nihilominus agere potest cum emptore.

§. 1015.

3) Rechte und Verbindlichkeiten des Verkäufers und Käufers der Erbschaft in Rücksicht dritter Personen.

In Ansehung eines jeden Dritten hingegen behält
 1) der Verkäufer der Erbschaft noch immer alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Erben. Denn der Charakter eines Erben, welcher die Erbschaft einmal angenommen hat, ist unauslöschlich. Der Verkäufer kann daher
 1) noch die directe Erbschaftsklage gegen den dritten Besitzer der Erbschaft anstellen⁶⁹⁾. Er kann 2) erbchaftliche Schulden beptreiben⁷⁰⁾; nicht minder 3) andere
 Kl.

69) HUBER Praelect. iur. civ. ad Pand. h. t. §. 1. et 2. und SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 3.

70) Wenn jedoch der Käufer der Erbschaft einem Schuldner des Erblassers die Schuld erlassen hat, und der Verkäufer klagt dennoch die Schuld ein, so steht ihm die exceptio doli im Wege

Klagen, die dem Erblasser zustanden, als Repräsentant desselben, anstellen, nur muß er freylich das, was er durch diese Klagen erhalten hat, dem Käufer der Erbschaft herausgeben ⁷¹⁾). Dagegen können aber auch 4) sowohl die Legatarien und Fideicommissarien, als auch die Erbschaftsgläubiger und alle andere, welche an den Erblasser oder derselben Verlassenschaft Ansprüche haben, den Erben, auch nach dem Verkaufe der Erbschaft, noch eben so verlangen, als wenn er die Erbschaft noch besäße. Denn es tritt hier auch die Regel ein, daß der Schuldner sich keinen Andern substituiren kann ⁷²⁾). Der Verkäufer kann in diesem Falle blos seinen Regreß wegen der Entschädigung gegen den Käufer nehmen ⁷³⁾). Ja es können nicht einmal die Gläubiger den Käufer der Erbschaft wider dessen Willen belangen, wenn gleich der Verkäufer mit dem Käufer ausdrücklich ausgemacht hätte, daß er die Gläubiger

Bege. L. 16. pr. D. de pactis. Auch können die Erbschaftsschuldner dem Verkäufer nicht mehr mit Sicherheit zahlen, wenn ihnen der Verkauf der Erbschaft von dem Käufer derselben war bekannt gemacht worden. *L. 3. Cod. de novat. S. Ant. FABRI Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. cap. 6.*

71) *S. GÜNTHER Principia iuris Rom priv. noviss. Tom. II. §. 976. nr. II.*

72) *L. 25. Cod. de pactis. Debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli nec mutari potest. S. Ehibaut Syst. des Pand. N. 2. B. §. 736. S. 164.*

73) *L. 2. Cod. de legat. Quamvis heres institutus hereditatem vendiderit, tamen legata et fideicommissa ab eo peti possunt. et quod eo nomine datum fuerit, venditor ab emptore vel fideiussoribus eius petere poterit. Mehrere Stellen sind schon oben vorgekommen. Man vergleiche L. 2. §. 13. et §. ult. D. h. t.*

biger der Erbschaft befriedigen solle. Denn der Käufer hat sich dadurch ihnen nicht verbindlich gemacht, sondern sich blos dem Verkäufer verpflichtet. Die Gläubiger haben daher auch aus diesem Vertrage kein Recht erworben. Alles dieses bestätigt folgende Hauptstelle.

L. 2. Cod. h. t. Ratio iuris postulat, ut creditoribus hereditariis, et legatariis seu fideicommissariis, te convenire volentibus, tu respondeas: et cum eo, cui hereditatem venundavisti, tu experiaris suo ordine⁷⁴). Nam ut satis tibi detur, sero desideras: quoniam eo tempore, quo venundabatur hereditas, hoc non est comprehensum⁷⁵). Quámvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat: excipere, tamen actiones hereditarias INVITUS cogi non potest.

läßt sich jedoch der Käufer auf die wider ihn angestellten erbchaftlichen Klagen dennoch freiwillig ein; und
war.

74) Dem Verkäufer der Erbschaft steht deswegen die *actio venditi*, oder auch, wenn der Verkauf, *interpositis stipulationibus emtae et venditae hereditatis*, ist geschlossen worden, die *actio ex stipulatu* zu. *L. 18. D. h. t.*

75) Hat sich also der Verkäufer, wegen seiner Entschädigung in Ansehung dessen, was er etwa noch als Erbe zu leisten haben würde, nicht gleich anfangs bey Schließung des Contractes Bürgschaft leisten lassen, so kann er nachher dergleichen Sicherheit nicht weiter fordern. Denn es fällt ihm zur Last, daß er sich nicht besser vorgeesehen hat. Diesem ist *L. 41. D. de iudiciis* nicht entgegen. Denn sie redet von dem Falle, *cum nondum dies praestandae pecuniae venit*, und gehört also, wie *Ant. FABER* in *Rational. ad h. L.* schon bemerkt hat, gar nicht hterher. Man sehe auch, *Jac. CUJACII Observat. Lib. XVII. cap. 37.*

warum sollte er sich hierin seines Rechts nicht begeben können? so ist von nun an der Verkäufer den Gläubigern gar nicht weiter verbunden ⁷⁶). Denn die Gläubiger haben dadurch, daß sie den Käufer der Erbschaft belangen, gleichsam stillschweigend mit ihm pacifcirt, daß sie von dem Verkäufer nichts weiter fordern wollen. Er kann ihnen daher, wenn sie nachher dennoch ihren Regreß gegen ihn nehmen sollten, die *exceptio pacti taciti* mit Recht entgegensetzen, wie folgende Gesetzesstelle bekräftigt.

L. 2. Cod. de pactis. Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emtores actiones suas movisse probare poteris, eosque has spontanea voluntate suscepisse: *exceptione taciti pacti* non inutiliter defenderis ⁷⁷).

Das

76) *S. Paul.* MOUNIER *Diss. ad Legem II. Cod. de hered. vel act. vend. Lugd. Batavor. 1786. Cap. IV. §. 4. Sam de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. und Westphal vom Kauf §. 366.*

77) *Ger. NOODT* in libro sing. ad Edictum Praetoris de pactis et transactionibus. Cap. 2. §. *Quintum* etc. (*Operum Tom. I. pag. 489.*) wo er dieses Gesetz erklärt, setzt den Grund dieser Einrede, welche dem Verkäufer der Erbschaft in dem Falle, von welchem das Gesetz redet, zusteht, in der Regel, welche *Paulus L. 21. §. ult. D. de pactis* giebt, nämlich daß die *pacta in rem* allen denen ein Recht geben, deren Befreyung von der Verbindlichkeit dem Pacifcenten selbst nützlich ist. Dies ist nun allerdings hier der Fall. Denn käme das *pactum tacitum*, welches hier zwischen dem Käufer der Erbschaft und den Gläubigern derselben geschlossen wird, dem Verkäufer nicht zu statten, so würde derselbe, wenn er von den Gläubigern noch belangt werden könnte, und er dieselben hätte befriedigen müssen, seinen Regreß gegen den Käufer nehmen.

Das hier eintretende Rechtsverhältniß ist also ganz von dem verschieden, welches aus der Restitution einer fideicommissarischen Erbschaft entsteht. Der Fideiuciar kann von dem Augenblicke an, da er die Erbschaft abgeliefert hat, weder erbenschaftliche Klagen erheben, noch von den Gläubigern der Erbschaft weiter belangt werden. Denn ihm würde in jenem Falle eben sowohl die exceptio restitutae hereditatis entgegenstehen, als er sich in diesem selbst damit schützen kann. Das Trebellianische Senatusconsult, auf dessen Auctorität sich dieser Unterschied gründet, hat hierdurch sowohl für die Sicherheit des Erben, damit er nicht aus Furcht vor nachtheiligen Folgen die Erbschaftsantrittung verweigern möchte, als für den Nutzen des Fideicommissars, damit derselbe, auf dessen Gefahr die Erbschaft angetreten wurde, den Vortheil hätte, die erbenschaftlichen Schulden selbst mit Wirkung beytreiben zu können, sehr weislich gesorgt⁷⁸⁾.

Es giebt indessen auch bey dem Verkaufe einer Erbschaft Fälle, wo jene Regel Ausnahmen leidet. Denn einmal hat der Fideius das Vorrecht, daß wenn in seinem Namen eine Erbschaft verkauft worden ist, alle auf der Erbschaft haftenden Schulden und Lasten dergestalt auf den Käufer übertragen werden, daß dieser geradezu in Anspruch genommen werden kann, und muß, weil gegen den Fideius keine weiteren Klagen Statt finden⁷⁹⁾. *Aes alienum,*

78) *S. L. I. §. 2. et 4. D. Ad Scit. Trebell. und Ant. FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. cap. 4. pag. 376.*

79) *S. Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Est et alia. T. II. Operum pag. 405. und Hug. DONELLUS Comment. ad L. 1. Cod. h. t. (in Recitat. ad libr. IV. Cod.)*

num, so rescribiren die Kaiser Sever und Antonin *L. 1. Cod. h. t. hereditate nomine fisci vendita, ad onus emtoris bonorum pertinere, nec fiscum creditoribus hereditariis respondere, certum et absolutum est*⁸⁰⁾.

Sodann gestattet die heutige Praxis auch bey einem Privatverkaufe der Billigkeit wegen eine subsidiarische Klage gegen den Käufer in dem Falle, wenn der Verkäufer insolvent seyn sollte⁸¹⁾.

II. Auch der Käufer der Erbschaft kann sich, da er an die Stelle des Erben tritt, der Klagen, die dem Verkäufer, als Erben, direct zustehen, utiliter bedienen. So kommt ihm nicht nur die hereditatis petitio utilis zu, wenn sich die ihm verkaufte Erbschaft in fremden Händen befinden sollte⁸²⁾, sondern es werden ihm auch gegen die Schuldner des Erblassers actiones utiles gestattet. Ehemals war zwar dazu ein Mandat von Seiten

80) Diese Verordnung ist keinesweges durch die *L. ult. Cod. de quadrien. praescript.* abgeändert worden, wie *Io. Jac. WISENBACH* in Commentat. in libros VII. prior. Cod. ad L. 1. Cod. h. t. pag. 310. irrthig behauptet. Denn die *L. ult. Cod. cit.* redet bloß von dem Falle, da die vom Fiscus geschene Veräußerung von einem Dritten in Anspruch genommen wird. Hier kann der Käufer den Kläger an den Fiscus weisen, um die Sache mit diesem auszumachen. *S. Westphals System des R. R. über die Arten der Sachen. §. 899.*

81) *S. LAUTERBACH* Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 17. *STRUV* Synt. iur. civ. Exercit. XXIII. Th. 75. und *HOFACKER* Princip. iuris civ. R. G. Tom III. §. 1943.

82) *L. 54. pr. D. de hered. petit.* *Westphals System.* Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testament. §. 359.

ten des Verkäufers erforderlich; allein da eine solche Vollmacht nicht immer zu erhalten war, und auch in mehreren Fällen unwirksam wurde; so erlaubte zuerst der Kaiser Antoninus Pius den Käufern der Erbschaften, auch ohne Cession, gegen die Schuldner der Erbschaft actiones utiles anstellen zu können. Es gehören hierher folgende merkwürdige Gesetzstellen.

L. 16. pr. D. de pact. Si cum emtore hereditatis pactum sit factum, et venditor hereditatis petat: doli exceptio nocet. Nam ex quo rescriptum est a DIVO PIO, utiles actiones emtori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.

L. 5. Cod. h. t. Emtor hereditatis, actionibus mandatis, eo iure uti debet, quo is, cuius persona fungitur: quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emtori tribui placuit.

Jedoch ist zwischen der actio mandata und utilis in Absicht auf die Wirkung derselben kein Unterschied ⁸³⁾.

§. 1016.

II. Verkauf der Klagen. 1) Welche Klagen sind ein Gegenstand des Kaufs.

Eben so, wie Erbschaften, können auch II. Klagen ein Gegenstand des Kaufs seyn ⁸⁴⁾. Dieß geschieht, wenn

83) *L. 47. §. 1. D. de negot. gest. L. 8. Cod. h. t. S. Christ. Frid. MÜHLENBRUCH Commentat. de iure eius, cui actionibus cessit creditor. Rostochii 1813. 4. Cap. I. §. 3. et 6.*

84) *S. Wolfg. Ad. LAUTERBACH Diss. ad Tit. Dig. de hereditate vel actione vendita (in Collect. Disputat. Vol. II. Nr. 153.)*

wenn man das Recht, einen gewissen Anspruch, den man an einer Sache hat, vor Gericht geltend zu machen, oder eine Forderung, die man an einen Schuldner hat, vor Gericht einzuklagen, auf einen Andern dergestalt überträgt, daß er das übertragene Recht nicht an Zahlungs statt erhalten, sondern einen in Gelde bestehenden Preis dafür bezahlen soll⁸⁵). Es können daher Klagen ohne Unterschied verkauft werden, sie mögen dingliche oder persönlich seyn; die Forderung, die sie betreffen, mag schon exigible seyn, oder noch von dem Ausgange einer Bedingung, oder von dem Ablaufe einer bestimmten Zeit abhängen. Dieß alles ist nach dem neuern Rechte keinem Zweifel unterworfen.

L. 9. Cod. h. t. Certi et indubitati iuris est, ad similitudinem eius, qui personalem redemerit actionem, et utiliter eam movere suo nomine conceditur, etiam eum, qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate⁸⁶). Cum enim actionis nomen generale

85) *L. 5. §. 2. D. Quib. mod. pignus solv. §. 2. I. de reb. corp. et incorp. Pr. I. de action. S. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. Altera. Tom. II. Oper. p. 406. und Ge. FRANTZIVS Commentar. in Pand. h. t. nr. 17.*

86) Actiones in rem directae können zwar nur demjenigen zustehen, welcher ein dingliches Recht hat. *L. 23. D. de rei vindic.* Durch den Verkauf der Klage wird aber das Eigenthum des Gegenstandes derselben nicht erworben. *L. 8. Cod. h. t.* Allein actiones in rem utiles können auch einem Nicht eigenthümer zustehen. Dies ist der Grund, warum auch Realklagen verkauft werden können. Nämlich der Käufer stellt gegen den Besitzer die actio in rem utilis an. Also in Absicht auf actiones utiles ist kein Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Klagen.

rale sit omnium sive in rem sive in personam actionum, et apud omnes veteris iuris conditores hoc nomen in omnibus pateat; nihil est tale, quod differentiam in huiusmodi utilibus actionibus possit introducere.

L. 17. D. de hered. vel act. vend. Nomina eorum, qui sub conditione, vel in diem debent, et emere et vendere solemus: ea enim res est, quae emi et venire potest ⁸⁷⁾).

Die

Klagen. S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. und WISENBACH Commentat. in Cod. ad h. L.

- 87) Man verwechsle jedoch nicht den Verkauf einer bedingten Forderung, mit dem bedingten Verkaufe einer unbedingten Forderung. Denn in dem letztern Falle gilt der Kauf nicht eher, als wenn die Bedingung existirt. Er ist also null, wenn die Bedingung nicht in Erfüllung geht. L. 37 in fin. D. de contrah. emt. In dem ersten Fall hingegen ist der Kauf an sich gleich gültig. Denn auch eine bloße Hoffnung kann der Gegenstand eines Kaufs seyn. L. 8. §. 1. D. eodem. und dann geht ja auch eine bedingte Forderung auf die Erben über. §. 4. l. de verbor. obligat. Daher sagt Ulpian L. 42. pr. D. de obligat et act. mit Recht: Eum, qui stipulatus est, placet etiam pendente conditione creditorem esse. Der Gläubiger kann nur aber freylich vor der Erfüllung der Bedingung nicht gegen den Schuldner klagen. L. 213. D. de Verbor Signif. Wohl aber kann der Käufer, ehe noch die Bedingung existirt, nach L. 19. D. de hered. vel act. vend. gegen den Verkäufer ex emto klagen, daß er den Schuldner (durch die Form der Acceptilation) seiner Verbindlichkeit entlasse, z. B. wenn er die Absicht hat, dem Schuldner damit ein Geschenk zu machen. L. 19. sagt nemlich: Multum interest, sub conditione aliqua obligatio veneat, an, cum ipsa obligatio sub conditione sit, pure veneat. Priore casu, deficiente conditione, nullam esse venditionem:

Die Klagen müssen nur einen der Privat-Disposition unterworfenen Gegenstand betreffen, und an sich keinen ganz persönlichen Grund haben. Daher können 1) solche Klagen nicht verkauft werden, welche das Recht der Privatpersonen gar nicht betreffen; z. B. Criminalklagen, die bloß auf eine öffentliche Bestrafung des Verbrechers gehen.⁸⁸⁾ Dagegen können Klagen aus Verbrechen, in sofern sie bloß die Privatgenugthuung des Klägers betreffen, welche ihm aus dem Vermögen des Beklagten zu leisten ist, ohne Bedenken verkauft werden.⁸⁹⁾ 2) Auch solche Klagen können nicht auf andere durch Verkauf übertragen werden, welche eine gewisse persönliche Eigenschaft auf Seiten des Klägers voraussetzen, oder sonst ein ganz persönliches Fundament haben. Dahin gehören

z. B.

tionem: posteriore, statim venditionem consistere. Nam si Titius tibi decem sub conditione debeat, et eius abs te nomen emam, confestim ex em'o vendito agere poterò, ut vel acceptum ei facias. Der Zweck ist also hier Befreyung des Schuldners, nicht aber, wie Westphal vom Kaufe §. 827. a. E. glaubt, Verweisung des Schuldners an den Käufer. Wie könnte der Käufer diesen Zweck erreichen? Hörte die Verbindlichkeit des Schuldners auf, so würde ja auch sein eigenes Recht aufhören, wie auch schon Gesterding über die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts. Greifswalde 1812. §. 12. Not. 3. S. 82. gegen Westphal erinnert hat.

88) L. 13. §. 1. D. de public. iud. L. 9. §. 5. D. de publican. et vectigal. L. 7. §. 14. L. 27. §. 4. D. de pact. S. de cocceji iur. civ. contrö. h. t. Qu. 14. Nr. 7. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1945.

89) L. 11. et 12. pr. D. de Verb. Signif. L. 14. pr. D. de furt. L. 31. pr. D. de act. emti et vend. L. 7. §. 1. D. Commodati. S. HOFACKER c. 1. §. 1945. pr.

z. B. manche Retractsklagen⁹⁰⁾; ferner Injurienklagen⁹¹⁾, und die sogenannten actiones meram vindictam spirantes⁹²⁾. 3) Klagen, welche durch Anstellung derselben in einen Prozeß bereits übergegangen sind, können ebenfalls während des Prozesses nicht veräußert werden⁹³⁾. Dergleichen Veräußerung verbieten die Gesetze, damit nicht

90) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 31. Man sehe auch, was von der Cession des Retracts oben §. 996. S. 194. f. vorgekommen ist.

91) S. Sam. STRYK Dissert. de iuribus et actionibus non cessibilibus. Cap. VI. §. 6. Io. a SANDE Tr. de actionum cessione Cap. V. nr. 11. Io. BRUNNEMANN Tr. de cessione actionum Cap. IV. nr. 57. Viele nehmen jedoch die actio iniuriarum aestimatoria aus. S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 27. de COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 14. nr. 4. HOFACKER Princ. iur. civ. T. III. §. 1945. in fin. Thibaut Spfl. des Pand. N. 1. B. §. 77. a. E. Wäre der Injuriant schon zu einem Abfindungs-Geldquantum rechtskräftig verurtheilt worden, so würde wohl die Abtretung dieser Forderung kein Bedenken finden. S. Mich. God. WERNHER Lectif.-Commentation. in Pand. h. t. §. 9.

92) Man rechnet vorzüglich hierher die actio revocatoria donationis propter ingratitudinem, und die Querela inofficiosi testamenti. S. Ulr. HUSER Praelect. in Pand. Lib. XVII. Tit. 1. §. 7. Ant. SCHULTING Thes. controvers. Decad. LXV. Th. 8. Sam. STRYK de iurib. et actionib. non cessibilibus Cap. VI. §. 7. et 8. Chr. Aug. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 977. Anderer Meinung sind jedoch LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 27. et 28. Sam. de COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 14. nr. 2. et 5. und Io. BRUNNEMANN Tr. de cessione action. Cap. IV. §. 54.

93) L. 2. Cod. de litigiosis. L. fin. C. eodem.

Glücks Erläut. d. Pand. 16. Th.

B 6

nicht die Lage des Prozeßes zum Nachtheil des Gegners verändert werde⁹⁴⁾. Kann übrigens zwar das Recht selbst, welches durch die Klage verfolgt wird, nicht cedirt werden, weil es von der Person des Berechtigten nicht getrennt werden kann; so darf man doch wenigstens die Vortheile desselben einem Andern durch Kauf überlassen. Dies ist z. B. der Fall bey dem Ususfructus, dessen Genuß oder Ausübung der Berechtigte, so lange er lebt, ohne Zweifel einem Andern überlassen kann⁹⁵⁾. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß auch hier; so wie in andern Fällen, durch die Urkunde das Object derselben als Gegenstand des Vertrags gemeint wird. Wird also ein Wechsel oder sonst eine Schuldverschreibung verkauft, so ist die Schuldforderung, worüber das Document lautet, als verkauft anzusehen.

L. 44. §. 5. *D. de legatis I.* Eum, qui chirographum legat, debitum legare, non solum tabulas, argumento est *venditio*: nam, cum chirographa veneunt, nomen venisse videtur.

L. 59. *D. de legatis III.* Qui chirographum legat, non tantum de tabulis cogitat, sed etiam de *actionibus*, qua-

94) STRYK cit. Tract. Cap. VI. §. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. T. III, Lib. XLIV. Tit. 6. §. 15. Dennoch läßt die heutige Praxis eine Cession der in Streit besangenen Klagen zu. S. de BERGER. Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 5. not. 22. u. Car. Frid. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. V. ObL 684.

95) §. 1. in fin. *I. de usu et habitati.* L. 12. §. 2. L. 38. L. 67. *D. de Usufr.* L. 8. §. ult. *D. de peric. et comm. rei vend.* S. Henr. COCCEJI Diss. de cessione eorum; quae ad heredes non transeunt, et contra. *Francof. ad Viadr. 1709.* Cap. IV. §. 12.

quarum probatio tabulis continetur: appellatione enim *chirographi* uti nos *pro ipsi actionibus* palam est, cum, *venditis chirographis, intelligimus NOMEN venisse*: quin etiam, si *nomen* quis legaverit, id, *quod in actionibus est*, legatum intelligitur.

§. 1017.

Cession der Klagen und Rechte.

Durch den Verkauf einer Klage wird nicht das Object selbst oder desselben Eigenthum auf den Käufer übertragen, sondern nur das Recht, eine Forderung oder einen Anspruch des Verkäufers gerichtlich zu verfolgen. Da nach der Strenge des ältern Rechts Klagen von der Person des Gläubigers nicht getrennt werden konnten, so konnte auch eine Forderung nicht leicht von einem Berechtigten auf den andern übergehen⁹⁶). Sollte daher der Käufer die Klage anstellen, so war noch eine besondere Bevollmächtigung nöthig, und der Käufer mußte denn im Namen des Verkäufers als dessen Procurator auftreten⁹⁷).

B b 2

Eine

96) Der Grund lag theils in der Natur einer obligatio, welche sich immer nur auf gewisse Personen beschränkt, theils in dem ehemaligen strengen Verhältniß zwischen dem Gläubiger und Schuldner. Daher konnte Niemand wider seinen Willen gezwungen werden, sich mit demjenigen in einen Proceß einzulassen, dem er auf keine Weise verpflichtet war. S. Hug o. Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 185. der 4. Auflage und Christ. Frid. MÜHLENBRUG Commentat. de iure eius, cui actionibus cessit creditor. Sect. I. §. 2. pag. 9. sqq.

97) Daher werden die Ausdrücke *cedere* und *mandare actionem* *actio mandata* und *actio cessa*, als gleichbedeutend genommen. L. 76. D. de solut. L. 1. §. 13. et 14. D. de tut. et ration. distrah.

Eine solche Vollmacht, vermöge deren Jemand eine Forderung, die ihm durch Kauf, oder auch auf eine andere Art, s. B. durch Schenkung oder an Zahlungsstatt überlassen worden, Namens des Abtretenden einlagen, und dasjenige, was er von dem Schuldner erhält, behalten solle, wird in dem römischen Recht *Cessio actionis* genannt⁹⁸⁾. Der alte Gläubiger hieß dann *Cedens*, der neue aber, den die Glossographen *Cessionarius* nennen, wurde *procurator in rem suam* genannt⁹⁹⁾. Die *actio cessa* war demnach die dem Verkäufer zustehende *actio dire-*

distrak. L. 11. L. 14. et 21. *Cod. de fideiussor.* Eine gleiche Bedeutung hat der Ausdruck *praestare actionem.* L. 6. §. ult. *D. Nautae caupon.* L. 2. *D. depositi.* L. 31. *D. de act. emti et vend.* L. 38. *D. de evict.* L. 7. *D. de obligat. et action.* S. *Iac. CURTII* *Επιτάων* s. *Conjectural. iur. civ.* Lib. III. c. 19. (in *Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 206.) *Franc. HOTTOMANNUS* *Observation. iuris* Lib. VI. cap. 16. *Casp. SCHIFFORDEGHER* ad *Anton Fabrum.* Lib. III. Tract. XXIII. Qu. 3. *Ulr. HUBER* *Praelectiones iur. civ. ad Institut.* Lib. III. Tit. 27. §. 3. *Hug. DONELLUS* *Commentar. iur. civ.* Lib. XV. cap. 44. §. *Quod si quis.* und *LAUTERBACH* *Colleg. th. pr. Pand. h. t.* §. 34.

- 98) *Io. a SANDE* *Comm. de actionum cessione. Franequerae* 1623. *Alph. de OLEA* *Tr. de cessione iurium et actionum. Genevae* 1681. *Christ. LENZ* *Tr. de nominibus et actionibus cessis: Lipsiae* 1661. *Io. Dan. GRUBER* *Diss. de actionibus mandatis. Halae* 1723. und *Fr. G. ANKELMANN* *Diss. de cessione nominis. Goett.* 1791.
- 99) L. 3. §. 5. *D. de in rem verso.* L. 6. *Cod. de obligat. et act.* L. 1. *Cod. de contrario iud. tut.* S. *Hub. GIPHANII* *Lecturae Altorfin. ad L. 1. Cod. de oblig. et action. nr. 9.* und diesen *Commentar* 5. Th. §. 396.

directa. Allein nach dem neuern Recht bedarf es dieser Cession nicht mehr, der Erwerber der fremden Forderung hat stets eine actio utilis in eigenem Namen¹⁰⁰⁾. Diese actio utilis, welche der Kaiser Antoninus Pius zu Gunsten des Käufers einer Erbschaft aus Gründen der Billigkeit eingeführt hat, hat man auf denjenigen, dem ein nomen verkauft worden, nach dem Beispiel desjenigen, dem ein nomen verpfändet worden, ausgebehnt, und es hängt nun der Regel nach ganz von der Willkür des Erwerbers ab, ob er mittelst der Cession als Procurator in rem suam auftreten, oder die actio utilis in eigenem Namen erheben wolle. Alles dieses bestätigt die Auctorität folgender Gesetzstellen.

L. 7. Cod. h. t. Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori dentur: ordinarium visum est, post nominis venditionem UTILES emtori (sicut responsum est), vel¹⁾ ipsi creditori postulanti, dandas actiones.

L. 8. Cod. eodem. Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel UTILIS, secundum ea,

100) *L. 1. et 2. Cod. de obligat. et act. L. 4. Cod. Quae res pignori.* S. diesen Commentar Th. XV. §. 959. S. 350.

1) Haloander liest statt vel, ut. Die Glosse bemerkt, daß in einigen Handschriften VELUT gelesen werde. Diese Lesart billigt auch Io. IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. et Cod. pag. 575. Allein vel für VELUT ist gar nicht ungewöhnlich. S. BRISSON. de Verbor. Signif. voc. Vel und Scheller lateinisch-deutsch. Lexikon voc. Vel.

ea, quae pridem constituta sunt, *exemplo creditoris* persecutio tribuitur.

L. 2. Cod. de Obligat. et Action. Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit, nec litis contestatio subsequuta sit; UTILEM tamen marito *actionem, ad similitudinem eius, qui nomen emerit, dari oportere, saepe rescriptum est.*

L. fin. Cod. Quando fiscus vel privatus. • In solum nomine dato, non aliter, nisi *mandatis actionibus*, ex persona sui debitoris adversus eius debitores creditor experiri potest: *suo autem nomine UTILI ACTIONE recte utitur.*

L. 18. Cod. de legatis. Ex legato nominis, actionibus ab his, qui successerunt, non mandatis, *directas* quidem actiones legatarius habere non potest: UTILIBUS tamen *suo nomine* experietur.

L. 2. Cod. de contr. iudicio tutelae. Si non ex propria culpa solus pupillae condemnatus es, sed absens et indefensus acquievisti: cum ex causa iudicati satisfacere coeperis, *actiones* adversus contutores tuos *mandari* tibi a pupilla desiderabis, vel UTILI ACTIONE uteris.

Es erhellet aus diesen Gesetzen 1) daß jetzt nach der ausgedehnten Auslegung der Verordnung des Kaisers Pius, durch die neuern Verordnungen seiner Nachfolger, in allen den Fällen, wo sonst eine Cession der Klage erforderlich war, derjenige, welcher dieselbe verlangen könnte, auch ohne Cession, sofort in eigenem Namen

men actione utili klagen kann²⁾. Eine Ausnahme findet jedoch bey der univversellen Gesellschaft statt. Hier müssen noch jezt die Klagen cebirt werden, wenn auch die zu dem Vermögen des einen oder andern Socius gehörigen nomina gemeinschaftlich werden sollen. So lehrt Paulus *L. 3. D. pro Socio: Ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu, sed actiones invicem praestare debent*³⁾. Gerhard Noodt⁴⁾ giebt hiervon den Grund an, weil die Verordnung des Kaisers Pius auf diesen Fall nicht erstreckt worden sey, und die Bescheidenheit der Römischen Rechtsgelehrten eine eigenmächtige Ausdehnung ohne legislative Auctorität nicht gewagt habe, da ihnen das strenge Recht entgegen stand. Wir überzeugen uns²⁾ aus jenen Geseßstellen, daß zwischen der actio cessa und utilis, der Wirkung nach, so wenig ein Unterschied Statt habe, als zwischen einer actio cessa und mandata⁵⁾. Paulus bestärkt dieses noch mehr, wenn er in

2) *S. Ant.* FABRI Conjectur. iuris civ. Lib. XI. cap. 11. und *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Ant. Fabrüm c. 1. Qu. 2.

3) Eben dieses bemerkt Marcellus zu Julian *L. 16. D. de peculio* in dem Fall, wenn das Peculium eines gemeinschaftlichen Sklaven in nominibus besteht. *S. HUBER Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 27. §. 3.*

4) *Commentar. ad Dig. h. t. §. Altera pag. 406.*

5) *S. Ant.* FABRI *Iurisprud. Papinianeae Scientia Tit. I. Princip. II. Illat 3. pag. 6. sq. (Lugduni 1607.)* Anderer Meinung sind zwar GRUBER in *Diss. de actionibus mandatis.* BOEHMER *Iur. Dig. h. t. §. 13.* HOFACKER *Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1947. et 1949.* Allein Herr Prof. MÜHLENBRUCH in *Commentat. de iure eius, cui actionibus cessit creditor. Sect. I. nr. 5. pag. 15. sqq.* hat diese Meinung gründlich widerlegt.

in der L. 47. §. 1. D. de negotiis gestis sagt: Nec refert directa quis, an utili actione agat, vel conveniatur — maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est, eundemque habet effectum⁶⁾. Ja Ulpian sagt sogar L. 55. D. de procurator. Procuratore in rem suam dato, praefendum non esse dominum procuratori⁷⁾ in litem movendam, vel pecuniam suscipiendam: Qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit. 3) Daß die Cession bey der Veräußerung der Klagen nicht, wie viele⁸⁾ sagen, das seyn könne, was bey dem Verkauf körperlicher Sachen die Tradition ist, erscheint auch nun ganz klar. Denn das Recht, die verkaufte Klage gegen den Schuldner des Verkäufers anzustellen, geht gleich nach geschlossenem Kaufe durch den bloßen Willen des Verkäufers auf den Käufer über, ohne daß es weiter einer Cession bedarf. Offenbar vermischt man hier die alte cessio in iure mit der Cession oder dem Mandat der Klagen. Jene war zwar allerdings ein modus acquirendi iuris civilis, und hatte, wie Ulpian⁹⁾ lehrt, auch bey unkörperlichen Dingen, z. B. bey einer hereditas, ususfructus, tutela legitima statt. Allein daß auch nomina und actio-

6) *S. Ant.* SCHULTING ad *Pauli Sentent. Recept. Lib. I. Tit. 4.* in *Iurisprud. Antejustin.* pag. 228. Not. 22.

7) So ist, statt *procuratoris*, mit *Ant.* FABER in *Rational. ad Pand. h. L.* und POTHIER in *Pand. Iustin. Tom. I. Lib. III. Tit. 3. Nr. L.* richtiger zu lesen.

8) *S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 32.* BACHOV ECHT *Tr. de actionib. Diff. IV. Th. 3.* MALBLANC *Princip. iuris Rom. T. III. §. 547.*

9) *Fragment. Tit. XIX. §. 11.*

actiones hätten in iure cedirt werden können, hat nie einer der Römischen Rechtsgelehrten behauptet. Ulpian lehrt uns vielmehr das Gegentheil wenn er ¹⁰⁾ sagt: Si postea, quam adita fuerit hereditas, in iure cessa sit, is, qui cessit, permanet heres: et ob id creditoribus defuncti manet obligatus: *debita vero percutunt, id est, debitores defuncti liberantur.* Durch die cessio in iure hatte sich nämlich der Cedens von seinem Recht gänzlich losgesagt, und solches auf den Cessionar übertragen. Allein durch die Antretung der Erbschaft war zwischen dem Erben, und den Schuldnern der Erbschaft eine obligatio entstanden, welche nach dem Grundsatz des ältern Civilrechts: obligatio personam non egreditur, durch die cessio in iure nicht von einem Berechtigten auf den andern übertragen werden konnte. War es nun dennoch geschehen, so wurde zwar der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreiet, aber ein Recht ging auf den Cessionar nicht über. Es sollte dieses nicht gerade eine Strafe für den Gläubiger seyn, wie Johann van de Water ¹¹⁾ glaubt, sondern diese Folge lag in der Natur der Cessio selbst, wie Anton Schulzing ¹²⁾ richtiger bemerkt hat. Wie läßt sich also wohl mit Grund behaupten, daß an die Stelle jener alten Cessio in iure das Mandat bey Klagen, die man einem Andern überläßt, getreten sey? Eine Uebergabe, oder etwas derselben Ähnliches ist hier gar nicht denkbar. Denn das Recht, welches der Erwerber

durch

10) Loc. cit. §. 14.

11) Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 11. pag. 321. sqq.

12) Ad Ulpiani Fragmenta c. 1. not. 49. in *Iurisprud. Antejustinian.* pag. 625.

durch den Contract erhält, besteht hauptsächlich in einem *ius exigendi* gegen den Schuldner des Veräußerers, vermöge dessen der Erwerber berechtigt ist, von demselben bezutreiben, was dieser dem erstern schuldig ist. Ein solches Recht, als etwas bloß Intelligibles, läßt sich weder nach der Vernunft, noch nach dem römischen Rechte tradiren¹³⁾. Wenn nun auch gleich sonst bey unkörperlichen Dingen eine Quasi-Tradition Statt findet, wie z. B. bey Servituten, welche in der Ausübung des erworbenen Rechts von Seiten des Erwerbers, und in der Duldung von Seiten des Constituenten besteht, so leidet doch hier die Natur der Sache nicht, dergleichen Quasi-Tradition als möglich anzunehmen. In *actionibus enim cedendis*, sagt *Doneau*¹⁴⁾, *nullus istiusmodi usus accipientis, nulla cedentis patientia intervenire potest; cum actionis usus instituaturs cum debitore, cuius nullae sunt partes in hac cessione. Hac de causa ex omni datione et cessione nominis, quae fit non mandatis actionibus, non aliae transferuntur actiones, quam utiles. Quippe traditionibus et usucapionibus iure directo res transferuntur. Actionis autem datio nullam traditionem admittit.*

Im allgemeinen Sinn wird jedoch jede Uebertragung eines Rechts auf einen Andern-Cession genant. Sie ist auf Seiten des Cedenten eine Art der Begebung, von Seiten des Cessionars aber eine Art der Erwerbung des Rechts, welche eine *iusta causa praecedens*, einen
Rechts-

13) *L. 43. §. 1. D. de acquir. rer. domin.*

14) *Commentarior. Iuris civ. Lib. XV. cap. 44. §. Postquam, pag. 836. (edit. Francof. 1626.)*

Nechtstitel erfordert, z. B. Kauf, Schenkung, u. dgl. Nach dem ältern Römischen Recht, und ehe Justinian den Unterschied zwischen dem, was man ex iure Quiritium erworben, und was man nur in bonis hatte, aufgehob¹⁵⁾; mußte die Cession auf eine feyerliche Art vor Gericht geschehen. Diese in iure cessio war, wie Ulpian¹⁶⁾ sagt, eine communis alienatio et mancipi rerum et nec mancipi; und hatte sowohl bey körperlichen, als unkörperlichen Sachen Statt¹⁷⁾. Eigenthum, Ususfructus¹⁸⁾, Erbschaften¹⁹⁾, ja sogar die tutela legitima

15) *L. un. Cod. de nudo iure Quirit. toll.*

16) *Fragm. Tit. XIX. §. 9.*

17) ULPIAN *c. l. §. 11. et 15.* In Rücksicht der Worte des §. 15. *Res autem corporales, quoties singulae in iure cessae sunt, transeunt ad eum, cui cessa est hereditas,* halten jedoch viele die gemeine Lesart für unrichtig. *Ant. SCHULTING* in *Jurisprud. Antejust. pag. 625. not. 50.* verbessert sie folgendermaßen: *Res autem corporales, quamvis singulae in iure cessae non sunt, transeunt ad eum, cui cessa est hereditas.* Denn durch die Cession der Erbschaft ging auch das Eigenthum der einzelnen zur Erbschaft gehörigen Sachen ohne eine besondere Cession auf den Cessionar über. *L. 23. pr. D. de acquir. poss. L. 1. D. de bon. poss.* Dieser Emendation gleicht auch *Wesphal* vom Kauf §. 836. Beyfall.

18) Der Proprietar kann sogar den Ususfructus, den er selbst nicht hat, auf den Fall der Consolidation cediren, wie *Paulus* in seinem Buche de iure singulari *L. 63. D. de Usufr.* bemerkt. *S. Fr. CONRADI* *Diff. ad Iul. Paulum de iure singulari. Fragm. II. §. 5.*

19) *S. CUJACIUS* *Observat. lib. XVIII. cap. 11. und Io. Melch. Gottl. BESEKE* de alienatione hereditatis *Cap. V. §. 64. sqq. pag. 87.*

ma ²⁰⁾ konnte durch eine *cessio in iure* einem Andern überlassen werden; und nur wenn diese geschehen war, konnte die Erwerbung nach dem Civilrechte bestehen. Dieses hörte jedoch auf, nachdem Justinian die Subtilität des quiritarischen Rechts aufhob, und die Cession kann nun ohne alle Feierlichkeit geschehen. Die Rechtsgelehrten nennen die jetzt übliche Cession, zum Unterschiede jener feyerlichen *Cessio in iure*, eine *cessio simplex* s. *nuda*, deren Gegenstand alle Rechte, sowohl dingliche als persönliche seyn können, wo keine besonderen Ausnahmen eintreten ²¹⁾. Die Regeln, die man hier zu geben pflegt, *cessibel* ist, was vererbt, nicht *cessibel*, was nicht vererbt werden kann ²²⁾, sind, als trüglich, schon längst verworfen worden ²³⁾. Richtig aber

20) Zu Ulpian's Zeiten galt jedoch vermöge der *Lex Claudia* nur noch bey der *tutela feminarum* die Cession. Bey Agnaten war die *tutela cessitigam*; aufgehoben, wie Ulpian *Fragm. Tit. XI. §. 8.* selbst lehrt. S. SCHULTING *Iurispr. Antejust.* pag. 596. not. 26. et. 27.

21) GÜNTHER *Princip. iur. Rom. priv. nov. Tom. II. §. 978.* Etliaut *Syst. des Pand. N. 1. B. §. 75.* Von der Abtretung des Pfandrechts an einen Andern siehe Orellius und Elsäffer's *gemeinsame jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. IV. B. Nr. XIII. S. 210. ff.*

22) S. BRUNNEMANN *de cessione actionum Cap. IV. nr. 21.* BERLICH *Concluf. pract. Part. 2. Concl. 2. nr. 95.* CARPZOV *Resp. iur. Lib. IV. Tit. 4. Resp. 33. nr. 24.* und Desselb. *Iurisprud. for. P. I. Conf. 28. Def. 95. nr. 6.*

23) Henr. COCCEJI *Diss. de cessione eorum, quae ad heredes non transeunt, et contra. Frfti ad Viadr. 1709.* und Ioach. Heusr. Christ. LUEDERS *Diss. de iuribus ex cessione tam valida*

aber ist es, daß Rechte, welche eine gewisse Qualität voraussetzen, die von der Person des Berechtigten nicht zu trennen ist, nicht cedirt werden können²⁴⁾, wie z. B. Erblosung, persönlicher Adel, Wohlthat der Competenz, und alle Privilegien, welche nicht auf die Erben übergehen²⁵⁾. Jedoch können zuweilen auch Privilegien und andere Rechte, die mit dem Tode des Berechtigten erlöschen, wenigstens, solange derselbe lebt, von ihm zur Ausübung an Andere überlassen werden, z. B. der Ususfructus²⁶⁾. Ja man behauptet sogar, daß auch der Vortheil der Competenzwohlthat an einen Andern abgetreten werden könne, wenn es nicht unentgeltlich geschieht²⁷⁾.

§. 1018.

Form der Cession. Freywillige und nothwendige Cession.

Die Cession fordert jetzt zu ihrer Form und Gültigkeit weiter nichts, als die Einwilligung der Interessenten, nämlich des Cedenten und Cessionars, und kann daher sowohl

valida. quam invalida. Praef. Walt. Vincent. WIESE def. Ro. stochii 1780. §. 8. — §. 15.

24) L. 68. D. de div. reg. iur. C. den 2. Th. dieses Commentars §. 101. C. 6. Nr. 4.

25) L. 1. §. 2. D. de constit. princip. §. 6. I. de iure nat. gent. et civ. L. 1. §. 1. et 2. D. de iure immunit. Ehibaut Syst. des Pand. N. 1. B. §. 77. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 647.

26) L. 12. §. 2. L. 67. D. de Usufructu verglichen mit §. 3. I. eodem. Man sehe Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 95. Ehibaut a. a. O. §. 75.

27) C. Ge. Andr. IOACHIM Diss. de cessione beneficii competentiae. Lipsiae 1733. §. 20. et 21.

sowohl mündlich, als schriftlich; sowohl unter den Gegenwärtigen, als Abwesenden, sowohl gerichtlich als außergerichtlich geschehen²⁸⁾. Wird ein Cessionschein, wie sehr oft der Fall ist, darüber ausgestellt, so geschieht es nur um des Beweises willen, und zur legitimation des Cessionars²⁹⁾. Zu einer Cession kann jedoch Niemand in der Regel wider seinen Willen genöthiget werden³⁰⁾. Zwey Fälle giebt es indessen, wo sie wegen eines vorhandenen besondern Verpflichtungsgrundes gefordert werden kann, nämlich a) wenn man durch Abtretung des Rechts sich dazu verbindlich gemacht hat; und b) wenn man für seinen Schuldner von einem Dritten die Bezahlung der Schuld empfiehet³¹⁾. Denn auf diesen Fall geht die Verordnung des Kaisers Pius nicht, und ist auch durch keine neuere Verordnung darauf erstreckt worden, weil immer ein Vertrag vorausgesetzt wird, welcher die Eigenschaften eines zur Uebertragung eines Rechts geschickten Titels hat. Diese Eigenschaften hat die Zahlung nicht, durch deren

28) *Christ. HOFFMANN* Disp. de cessionibus iudicialibus et extrajudicialibus earumque differentiis. *Vitemb.* 1739.

29) *S. von Trübschler* Anweisung zur vorsichtigen u. förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze. 2. Th. 4. Hauptabth. 6. Hptst. §. 74. S. 217. und *Elaprotz* Rechtswissenschaft von vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte. 2. Th. S. 829. Der Cessionschein muß jedoch eine causa oder Titel enthalten. *S. LEYSER* Meditat. ad Pand. Vol. III. Spacim. CCI. medit. 4.

30) *Io. Casp. HEIMBURGH* Progr. de creditore ad iura tertio cedenda haud obligato, Dissertat. I. *W. Westphalis* de furto magno praemiss. *Ienae* 1745.

31) *SCHACHER* Diss. de quibusdam cessionibus necessariis. *Lipsiae* 1642. *Thibaut* Syst. des Pand. N. 1. B. §. 76.

deren Annahme der Gläubiger zwar den Schuldner befreit, keinesweges aber sein Recht gegen denselben auf denjenigen, welcher für ihn zahlt, zu übertragen intendirt³²⁾. Es ist daher eine Cession hier nöthig, welche der Bürge von Rechtswegen³³⁾, ein Anderer aber nur dann verlangen kann, wenn er sich solche bey der Bezahlung ausbedungen hat³⁴⁾. Die Cession kann übrigens gegen oder ohne Vergeltung geschehen.

§. 1019.

Wirkung der Cession.

Durch die Cession geht nun das ganze Recht des Cedenten in Ansehung der cedirten Forderung mit seinen Anhängen auf den Cessionar über. Ihm kommen also auch die der Forderung wegen dem Cedenten constituirten Sicherheitsrechte, z. B. sein Pfandrecht, ferner die Ansprüche an den Bürgen zu statten. Es ist dieses nicht nur der allgemeinen Regel gemäß: Qui in ius alterius succedit, iure eius uti debet, welche uns Paulus L. 177. pr. D. de div. reg. iuris giebt, und zwar gerade in Beziehung auf unsere Lehre, wie aus der Verbindung der L. 7. et L. 13. D. h. t. erhellet, welche ebenfalls, wie die L. 177., aus
 Pauz

32) HEIMBURG Progr. cit. §. 13.

33) L. 17. L. 41. §. 1. D. de fideiussor. L. 2. Cod. eod. Ohne Cession steht die Klage des Gläubigers dem Intercedenten nicht zu. L. 39. D. eodem. L. 11. Cod. eodem. S. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. I. B. §. 370. Not. 1.

34) L. 5. Cod. de solut. SANDE Tr. de action. cessione. Cap. VI. nr. 68. HEIMBURG cit. Progr. §. 15. sq.

Paulus libro 14. ad Plantium genommen (Sind³⁵); sondern es sagen dieses auch die Gesetze dieses Titels ganz bestimmt:

L. 2. pr. D. h. t. Id inter eminentem et vendentem agi, ut neque amplius, NEQUE MINUS IURIS emtor habeat, quam apud heredem futurum esset.

L. 6. D. eodem. Emtori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet: eius quoque, quod postea venditor accepit. Nam beneficium venditoris prodest emtori.

L. 23. pr. D. h. t. Venditor actionis, quam adversus principalem reum habet, OMNE IUS, quod EX EA CAUSA ei competit, tam adversus ipsum reum, quam adversus intercessores huius debiti cedere debet, nisi aliud actum est.

L. 8. Cod. eodem. Ex nominis emtione — exemplo creditoris, persecutio tribuitur.

Alles dieses hat seinen ganz natürlichen Grund darin, weil der Cessionar an die Stelle des Cedenten tritt, und die der abgetretenen Forderung wegen bestellten Sicherheitsrechte, sie mögen dem Gläubiger nach dem Gesetz oder vermöge eines Vertrags zustehen, wenn sie auch gleich erst vor Gericht bey der Anstellung der Klage geltend gemacht werden können, dennoch der Forderung gleich von ihrer Entstehung an inhäriren, und gleichsam einen Theil derselben ausmachen. Sie müssen also um so mehr auf den Cessionar übergehen, weil sonst die cedirte For-

35) S. Jac. GOTHOFREDI Comm. in tit. Pand. de div. regulis iuris, ad L. 177. pr. pag. 717.

Forderung nicht ganz die nämliche seyn würde, welche sie vorher war³⁶⁾. Hieraus läßt sich nun auch beurtheilen, ob und wiefern die besondern Rechte und Privilegien des Cedenten auf den Cessionar übergehen? Die Rechtsgelehrten sind über diese Frage sehr verschiedener Meinung: Einige³⁷⁾ glauben, es komme darauf an, ob der Cessionar Namens des Cedenten *actione mandata*, oder ob er mit der *actio utilis* in eigenem Namen klagt. Im letztern Falle gingen keine andere Rechte und Privilegien auf den Cessionar über, als welche mit der ihm überlassenen Forderung selbst verbunden sind. In dem ersten Falle aber sey wieder zu unterscheiden, ob die Cession aus freyem Willen, oder vermöge einer rechtlichen Nothwendigkeit geschehen sey. In jenem Falle, da z. B. eine Forderung dem Cessionar verkauft oder verschenkt worden ist, könne sich derselbe aller Privilegien des Cedenten bedienen, auch der persönlichen. Dieses sey nicht nur der klaren Verordnung der *L. 5. Cod. h. t.* gemäß, sondern eben dieses bringe auch die Natur der Sache mit sich, weil hier der Cessionar nur als Stellvertreter des Cedenten handle. In dem letztern Falle aber, da die Cession eine nothwendige war, kämen die persönlichen Privilegien des Cedenten dem Cessionar nicht zu statten, wie Papinian *L. 42. D. de administrat. et peric. tutorum et curator.* lehre. Denn wenn der Cedent seine Klage abzutreten, rechtlich genöthiget sey, so müsse

36) S. MÜHLENBRUCH *Commentat. de iure eius, cui actionibus cessit creditor.* Sect. III. pag. 24. sqq.

37) Vorzüglich DONELLUS *Commentar. iur. civ. Lib. XV. c. 44. §. Et hoc quidem.*

müsse man annehmen, er habe von dem seiner Person eigenen Rechte nichts übertragen, sondern nur das abtreten wollen, was der Klage eigen ist, weil Modestinus sage L. 18. D. de uisumendis legat. neminem in necessitatibus liberalem existere. Und so argumentirt denn einer der größten Civilisten, dessen Commentarii de iure civili gewiß das gründlichste und vollständigste System sind, welches jemals geschrieben worden ist. Allein wie kann es denn hier von der Freygebigkeit des Cedenten abhängen, ob und in wiefern die ihm zustehenden besondern Rechte auch dem Cessionar zu statten kommen? Papinian hat ja hierin den Grund seiner Entscheidung gar nicht gesetzt; sondern er sagt: *Non enim causae, sed PERSONAE succurritur, quae meruit praecipuum favorem.* Nun ist hier von einem Privilegium oder persönlichen Vorzugsrechte des Pupillen die Rede, welches demselben vor Einführung der gesetzlichen Hypothek wegen Ansprüche an seinen Vormund zustand, und nicht auf die Erben überging³⁸⁾. Also nicht von der Nothwendigkeit der Cession, sondern von dem Zustande und der besondern Begünstigung der Person, welcher das Privilegium zusteht, wird der Entscheidungsgrund hergenommen, und daraus ist zu beurtheilen, ob die Ausübung eines persönlichen Privilegiums durch einen Stellvertreter geschehen kann, oder nicht. Ueberdem aber ist auch der Unterschied, den Doneau zwischen der actio mandata und utilis macht, in keinem Gesetz gegründet. Die bereits oben angeführten Gesetze legen vielmehr beyden Klagen gleiche Wirkung

38) L. 19. §. 1. D. de reb. auct. iud. possid. C. Ios. FINESTRES Hermogenian. ad L. 25. D. de tut. et ration. distrah. pag 815.

fung beg. Doch schon Caspar Schiffordegger ³⁹⁾ hat diese Meinung gründlich widerlegt. Hiermit fällt nun aber auch zugleich die Meinung derjenigen, welche, ohne auf die Art der Privilegien Rücksicht zu nehmen, blos darauf gesehen wissen wollen, ob der Cessionar mit der actio directa oder utilis klage, und in dem ersten Falle dem Cessionar jedes Privilegium des Cedenten einräumen, die Cession sey übrigens, von welcher Art sie wolle, weil hier der Cessionar blos die Person des Cedenten vorstelle; in dem letztern Falle aber demselben den Gebrauch der Privilegien des Cedenten schlechterdings absprechen, weil ihm die actio utilis in eigener Person zustehet; welche Meinung vorzüglich Georg Franzke ⁴⁰⁾ zu vertheidigen gesucht hat. Die meisten ⁴¹⁾ unterscheidet jedoch, zwischen persönlichen Privilegien, welche auch nicht einmal der Ausübung nach von der Person des Privilegirten getrennt werden können, und zwischen dinglichen, welche der cedirten Forderung anhängen, und auf die Erben übergehen. Letztere stünden ihrer Natur nach auch dem Cessionar zu ⁴²⁾. Hieher gehöre z. B. das privilegium tacitae hypothecae, welches den Pupillen und Minderjährigen, statt jenes persönlichen Vorzugsrechts, auf dem Vermögen ihrer Vormünder durch das neuere

C c 2

Recht

39) Ad Ant. Fabrum Lib. III. Tract. 23. Qu. 23. pag. 330.

40) Variar. Resolution. Lib. I. Resolut. 14. nr. 44. pag. 290 sqq.

41) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 55. et 56. LENZ Tr. de nominibus et actionibus cessis. Cap. XXVII. Membr. 5. pag. 223. sqq. *Gustav Bernh. BECMANN* Diff. de successione creditoris in alterius et suum ipsius locum. *Goett.* 1781. §. 7.

42) L. 68. D. de div. reg. iur.

Recht erteilt worden ist; weil von der Beschaffenheit des ältern Privilegiums, welches nicht auf die Erben gieng, auf die Qualität der stillschweigenden Hypothek der Schluß nicht gele. Die persönlichen Privilegien des Cedenten hingegen seyen dem Cessionar schlechterdings abzusprechen. Dieß lehre die Natur dieser Privilegien, so wie sie uns Paulus ⁴³⁾ darstellt. Eben dieses bestätigte Papinians Entscheidung in Betreff jenes persönlichen Vorzugsrechts, welches nach dem ältern Recht den Pupillen und anderen unter der Vormundschaft stehenden Personen zustand ⁴⁴⁾. Hieher gehöre auch das Vorzugsrecht, mit welchem die stillschweigende Hypothek der Ehefrau in Rücksicht ihres Heyrathsguts begleitet ist ⁴⁵⁾. Mehrere ⁴⁶⁾ wollen jedoch eine Ausnahme in Ansehung des Fiskus machen. Bey diesem finde das besondere Recht statt, daß wer sich von ihm eine Forderung cediren läßt, alle Privilegien desselben ohne Unterschied zu genießen habe. Der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten falle hier darum weg, weil der Fiskus, als eine moralische Person, die nicht stirbt, keinen Erben habe. Dieses anomalum soll gegründet seyn, in *L. 43.* verbunden mit *L. 17. §. 5. D. de Usur.* und besonders in *L. fin. Cod. de privileg. fisci*, wo die Kaiser Valerian und Gallienus rescribiren: *Si in te ius fisci, cum reliqua solveres debitoris, pro quo satisfaciebas, tibi competens iudex adscripsit, et transtulit, ab his credi-*
tori-

43) *L. cit. 68.*

44) *L. 42. D. de admin. tut.*

45) *L. ult. §. 1. Cod. Qui potior. in pignore.*

46) VOET *Comm. ad Pand. h. t. §. 13.* LAUTERBACH *c. l. §. 58.*
Io. Henr. BERGER Diss. de cessione privil. fiscal. Vit.

toribus, quibus *fiscus potior habetur*, res, quas eo nomine tenes, non possunt inquietari. Allein daß die Gesetze in Ansehung des Fiskus nichts vom gemeinen Rechte Abweichendes haben verordnen wollen, erhellet klar aus andern Gesetzstellen.

L. 3. Cod. de privil. fisci. Si cum pecuniam pro marito solveres, rescribirt hier der Kaiser Antonin, *neque ius fisci in te transferri impetraſti*, neque pignoris causa domum vel aliud quid ab eo accepisti, habes personalem actionem.

Also ohne Cession geht das Recht des Fiskus eben so wenig, als das Recht eines Andern Gläubigers, auf den über, welcher für den Schuldner desselben, ohne dazu verpflichtet zu seyn, Zahlung leistet. Daß übrigens das Rechtsverhältniß ganz das nämliche sey, der Gläubiger sey der Fiskus, oder eine Privatperson, lehrt uns volends folgende Gesetzstelle.

L. 11. Cod. de fideiussorib. et mandator. Potuisti sane, rescribirt hier der Kaiser Alexander, cum fisco solveres, desiderare, *ut ius pignoris, quod fiscus habuit, in te transferetur*: et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. *Quod et in privatis debitis observandum est.*

Die oben angeführte *L. 43. D. de usuris* enthält auch nichts Besonderes. Es kommt nur auf die richtige Lesart an.

HERENNIUS MODESTINUS respondit (*libro XVIII. Responsorum*) eius temporis, quod cessit, postquam fiscus debitum percepit, eum, qui mandatis a fisco actio-

actionibus experitur, usuras, quae in stipulatum deductae non sunt, petere posse.

Man stelle sich hier folgenden Fall vor. Der Fiskus wird Erbe des verstorbenen Titius. Māvius ist Schuldner der Erbschaft. Zinsen von dieser Schuld sind zwar nicht stipulirt. Allein vermöge eines dem Fiskus zustehenden Privilegiums müssen doch nun von der Zeit an, da der Fiskus dem Titius succedirte, demselben Zinsen bezahlt werden ⁴⁷⁾. Sejus, des Schuldners Bürge, bezahlt hierauf dem Fiskus die Schuld, und läßt sich die Klage desselben cediren. Nun entsteht die Frage, ob der Cessionar eben so, wie der Fiskus, die Zinsen auch für die Zukunft fordern könne? Nach der gemeinen Lesart, mit welcher auch die florentinische übereinstimmt, hätte Modestini die Frage bejahet. Wäre aber diese Entscheidung nicht ganz widersinnig gewesen? Der Fiskus hätte ja von der Zeit an, da er seine Bezahlung erhielt, keine Zinsen mehr zu fordern. Der Cessionar würde also sich nicht blos die Ausübung eines dem Fiskus vermöge seines Privilegiums schon erworbenen Rechts, sondern in der That das Privilegium des Fiskus selbst zuelgnet. Unmöglich konnte Modestini eine solche Entscheidung aufstellen, die der gemeinen Rechtsregel ⁴⁸⁾: *In omnibus causis id observatur, ut ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi, deficiente ea, beneficium quoque deficiat*, so offenbar entgegenstreitet. Es leuchtet demnach in die Augen, daß man statt *petere posse* nothwendig *petere NON posse* lesen müsse. Die Emendation hat auch die

47) L. 17. §. 5. D. de Usuris.

48) L. 68. D. de div. reg. iur.

die Auctorität der Basiliken ⁴⁹⁾, und der berühmtesten Rechtsausleger ⁵⁰⁾, bis auf den Emund Merill ⁵¹⁾, welcher unrichtig die florentinische Lesart vertheidiget, für sich. Es erhellet zugleich hieraus, daß wenn von der Cession solcher Forderungen die Rede ist, deren wegen dem Gläubiger besondere Rechte und Wohlthaten zustehen, das Absehen der Interessenten nicht dahin gehen könne, daß das dem Cedenten zustehende Privilegium selbst auf den Cessionar übertragen werde, sondern daß der Cessionar nur das vermöge desselben schon erworbene Recht des Cedenten ausübe, und dann kann ja die Uebertragung eines vermöge des Privilegiums erworbenen Rechts nicht in engern Gränzen eingeschlossen seyn, als die Uebertragung eines solchen Sicherheitsrechts, welches sich der Gläubiger durch Vertrag von dem Schuldner bestellen ließ.

49) Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 3. Const. 53. pag. 387. *Εάν τῷ δημοσίῳ κατάβαλῶν ἐκχωρηθῶ τὸ χρέος σου τοῦ μετὰ μὴν ἔξ ἐμοῦ καταβολῆν χρόνου τόκους οὐκ ἀπακτῶ σε, εἰ μὴ ἐτύχῃς ἐπερωτηθεῖς; oder nach der Uebersetzung des G a b r o t: *Si me solvente fisco, quod tu ei debes, fiscus mihi cesserit nomen tuam, eius temporis, quod post solutionem praeteriit, usuras a te non petam, nisi eas mihi stipulanti sponderis.**

50) *Iac. Cujacius Commentar. ad Responsa Modestini Libr. XVIII. ad L. 43. D. de Usuris. Ger. NOODT de foenore et usuris Lib. III. Cap. 10. §. Illud quoque. (in Operib. Tom. I. pag. 252.) Nic. CATHARINUS Observation. et Conjecturar. Lib. I. cap. 45. (in Thes. Meerman. Tom. VI. pag. 777.) POTHIER Pand. Iustinian. Tom. I. Lib. XXII. Tit. 1. Nr. L. not. 1. und BECMANN cit. Diss. de success. cred. in alt. locum. §. 9. in fin.*

51) Variant. ex Cujacio Lib. III. cap. 33.

ließ. Nach der richtigern Meinung kommen daher alle Rechte und Wohlthaten, welche dem Cedenten der abgetretenen Forderung wegen zustanden, auch dem Cessionar zu statten, ohne Unterschied, sie mögen dingliche oder persönliche seyn, sofern nicht die Geseze, wegen besonderer Verhältnisse der Personen unter sich, in einzelnen Fällen eine Ausnahme machen, so daß selbst die Ausübung des Privilegiums ein solches Verhältniß, als notwendige Bedingung, voraussetzt⁵²⁾. So z. B. geht zwar die stillschweigende Hypothek, welche der Ehefrau wegen ihres Heyrathsgutes auf dem Vermögen des Ehemanns zusteht, auf den Cessionar über, aber nicht das Vorzugsrecht, mit welchem die Geseze diese Hypothek der Ehefrau begleiten⁵³⁾. Dahingegen geht die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der von den Minderjährigen abgetretenen Forderung, in Rücksicht welcher er dieselbe wegen erlittener Verlesung selbst zu suchen berechtigt war, auf den Cessionar über, wenn gleich dieselbe in einer besondern Begünstigung des Alters gegründet ist⁵⁴⁾; ja der Minderjährige kann sogar zuweilen zur Cession der ihm zustehenden Rechtswohlthat genöthiget werden, wenn der Cessionar durch ihn in Rücksicht seiner eigenen Geschäfte in Schaden gebracht worden ist⁵⁵⁾.

Imo

52) S. MÜHLENBRUCH cit. Commentat. Sect. III. §. 7. p. 30. sqq.

53) L. 12. Cod. Qui potiores in pignore. L. un. C. de privileg. dotis.

54) S. Henr. de COCCEJI Diss. cit. de cessione eorum, quae ad heredes non transf. Cap. IV. §. 4—7. und den 5. Th. dieses Commentars §. 459. S. 560.

55) L. 24. pr. D. de Minorib.

Immer geht also nur das Recht auf den Cessionar über, was der cedirten Forderung cohärrt, nicht aber was der Cedent, aus einer besondern Rechtsbegünstigung seines Zustandes, erst in künftigen Fällen benutzen kann. So ist die *L. 9. §. 8. D. de publican. et vectigal.* zu vereinigen, wo Paulus sagt: *Fiscus ab omnium vectigalium praestationibus immunis est. Mercatores autem, qui de fundis fiscalibus mercari consuerunt, nullam immunitatem solvendi publici vectigalis usurpare possunt.* Mit Recht wird hier den Käufern fiskalischer Güter die Zollfreiheit abgesprochen, welche dem Fiskus zusteht. Denn diese Immunität ist zwar dem Fiskus in den Gesetzen zugesichert, allein von deren Gebrauch kann doch nicht eher die Frage seyn, als wenn der Fiskus in dem Fall sich befindet, wo nach der Vorschrift des gemeinen Rechts Zoll bezahlt werden muß. Die Käufer, welche sich diese Immunität zu Nutzen machen wollten, würden also hier nicht sowohl ein dem Fiskus vermöge dieses Privilegiums schon erworbenes Recht ausüben, sondern sich das Privilegium des Fiskus selbst zueignen. Auf keine Weise kann jedoch der Cessionar a) von denjenigen Privilegien Gebrauch machen, welche dem Cedenten bey der gerichtlichen Verfolgung seines Rechts zustehen, und ohne Rücksicht auf die cedirte Forderung blos den Prozeß betreffen. Z. B. das Privilegium, daß bey fiskalischen Forderungen dem Gegner des Fiskus keine Appellation gestattet wird ⁵⁶⁾, geht nicht auf den Cessionar über. Denn es steht mit der cedirten Forderung in keiner nothwendigen Verbindung. Hätte hingegen der Cedent durch eine

der

56) *L. 4. et 8. Cod. Quorum appellat. non recipiuntur.*

der cedirten Forderung wegen bereits erhaltene Immission in die Güter des Schuldners bereits ein dingliches Sicherheitsrecht erhalten, so würde solches auch dem Cessionar ohne allen Zweifel zu statten kommen. Eben so wenig gehen b) diejenigen Rechte auf den Cessionar über, welche zwar dem Cedenten bey Gelegenheit der cedirten Obligation zugestanden haben würden, aber doch dieselbe nicht näher berühren. So ist z. B. bekannt, daß der Pfandinhaber, wenn er das Pfand durch einen gültigen Contract von dem Schuldner erhielt, deshalb auch wegen anderer mit der Pfandschuld in keiner Verbindung stehenden Forderungen das Retentionsrecht ausüben dürfe⁵⁷⁾. Dieses Recht ist auf den Cessionar nicht zu erstrecken⁵⁸⁾.

Es entsteht jedoch die Frage, ob sich der Cessionar bey der Verfolgung der ihm abgetretenen Forderung nicht seiner eigenen Privilegien bedienen könne? Diese Frage wird von den Rechtsgelehrten sehr verschieden beantwortet. Einige⁵⁹⁾ verneinen sie schlechterdings. Andere⁶⁰⁾ bejahen sie. Noch andere⁶¹⁾ unterscheiden, ob
das

57) *L. un. Cod. Etiam ob chirographar. pecuniam pignus teneri posse.* C. den 15. Theil dieses Commentars §. 937. S. 130. f.

58) *E. MÜHLENBRUCH* Comm. tit. III. 11. pag. 38. sq. *Et ha ut Syst. des Pand. N. I. D. §. 311.* und *Walt. Vincent, WIESE* Diss. de retentione pignoris tam ob eadem quam ob diversa. *Rosf. 1780. §. 24.*

59) *LAUTERBACH* Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 59. und besonders *Sam. Frid. WILLENBERG* Diss. de privilegio cedentis et cessionarii. *Francof. 1695. Cap. III. §. 16. sqq.*

60) *Christ. Wilh. WEHRN* Disquisit. iurid. de cessionario privilegiato

das eigene Privilegium des Cedenten ein dingliches, oder ein blos persönliches, z. B. privilegium fori, sey. Nur in dem letztern Falle könne der Cessionar davon Gebrauch machen, aber nicht in dem erstern. Endlich behaupten einige ⁶²⁾ noch, daß es auch bey persönlichen Privilegien vielmehr darauf ankomme, ob die Cession gegen Vergeltung oder unentgeltlich geschehen sey. Nur in dem ersten Falle behalte der Cessionar sein Privilegium, wenn er ex iure cessio klagt; aber in dem letztern würde es hart seyn, die Lage des Schuldners dadurch zu erschweren. Soviel ist gewiß, daß der Cessionar in Rücksicht der ihm abgetretenen Forderung nicht mehr Recht haben könne, als der Cedent hatte. *Nemo enim plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* ⁶³⁾. Auch wird durch die Cession die Natur der Verbindlichkeit nicht geändert. Denn die Cession ist keine Delegation, sie wird vielmehr in den Gesetzen von der letztern ausdrücklich unterschieden ⁶⁴⁾. Es kommt daher bey der aufgeworffenen Frage alles darauf an, ob sich der Cessionar seines eigenen Rechts auf eine solche Art bedienen wolle, daß dadurch die Natur der Verbindlichkeit zum Nachtheil des Schuldners geändert werden würde, oder nicht, sondern der Gebrauch des Privilegiums blos

durch

giato ad usum privilegiorum suorum admittendo. *Erfordiae* 1786. *Ehibaut Syst. des Pand. N. I. B. §. 79.*

61) *Io. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 13. Iul. Frid. MALBLANC Princip. iuris Rom. T. II. Sect. II. §. 548.*

62) *Ant. FABER Cod. definition. forens. Lib. III. Tit. 12. Def. 22.*

63) *L. 54. D. de div. reg. iur.*

64) *L. 1. Cod. de novat. et delegat.*

durch solche Umstände veranlaßt werde, welche außer den Gränzen der Cession liegen. In dem ersten Falle leuchtet es ein, daß der Cessionar von seinem eignen Recht keinen Gebrauch machen könne. Z. B. der Cessionar ist ein solcher Gläubiger, welcher das Privilegium hat, daß er von seinen Forderungen Zinsen verlangen kann, wenn sie ihm gleich nicht versprochen worden sind, oder daß er höhere Zinsen fordern kann, oder daß ihm auf den Vermögen seiner Schuldner eine stillschweigende Hypothek zusteht, wenn die abgetretene Forderung eine blos chirographarische ist. Denn hier würde sich ja der Cessionar zum Nachtheil des Schuldners in Ansehung der ihm cedirten Forderung ein ausgedehnteres Recht zueignen, als der Cedent hatte, welches gegen die Natur der Cession streitet⁶⁵⁾. Eine Ausnahme findet jedoch in Ansehung des Fiskus Statt, welcher sich seiner Privilegien bedienen kann, wenn er gleich in *ius privati creditoris* succedirt, wie Ulpian lehrt *L. 6. pr. D. de iure fisci. Fiscus, cum in privati ius succedit, privati iure pro anterioribus suae successionis temporis*⁶⁶⁾ utitur: caeterum *posteaquam successit, habebit privilegium suum*. Sed utrum statim atque coepit ad eum pertinere nomen: an vero postea quam convenit debitorem, an postea quam relatum est inter nomina debitorum, quaeritur? Et quidem *usuras exinde petit fiscales*⁶⁷⁾, etsi breviores

65) *L. 2. pr. D. L. 5. Cod. h. t. L. 175. L. 177. D. de div. reg. iuris. L. 39. in fin. D. de negot. gest.*

66) *Anteriora temporis* ist ein Gracismus, und sowohl *tempus illud, quod antecessit*. S. POTHIER Pand. Justin. T. III. Lib. XLIX. Tit. 14. Nr. XXXVIII. not. f.

67) *L. 17. §. 6. D. de Usuris.*

res debeantur ⁶⁸⁾, *ex quo convenit certum debitorem et ⁶⁹⁾ confidentem. At in privilegio ⁷⁰⁾ varie rescriptum est: puto tamen exinde privilegio esse locum, ex quo inter nomina debitorum relatum nomen est.* Das Privilegium des Fiscus selbst war wohl außer Zweifel, nur über die Zeit, von welcher an der Fiscus von seinem Privilegium Gebrauch machen könne, scheint der Streit gewesen zu seyn, der hier entschieden wird. Soviel ist gewiß, daß dieses besondere Recht keine Ausdehnung, auch nicht auf Kirchen, zuläßt ⁷¹⁾, wie einige irrig behaupten ⁷²⁾. In dem oben angegebenen letzten Falle aber, da das eigene Privilegium des Cessionars auf die eedirte Forderung selbst keinen Einfluß hat, geschweige daß dadurch die Natur der Verbindlichkeit geändert würde, kann der Cessionar ohne Bedenken bey der Verfolgung des ihm abgetretenen Rechts von diesem seinem Privilegium Gebrauch machen, die Cession sey gegen Vergeltung, oder unentgelt-

68) CUIACIUS Observat. Lib. XIX. cap. 2. erklärt diese Worte so: *etsi leviores usurat deberentur ei, cui successit.*

69) CUIACIUS l. c. glaubt, die Conjunction *et* müsse weggestrichen, was das *confidentem* auf *certum* bezogen werden.

70) Die Ausleger wollen darunter das privilegium exigendi verstehen, welches dem Fiscus vor andern chirographarischen Gläubigern ein Vorzugsrecht giebt. S. Ios. FINESTRES Hermogenian. ad L. 46. §. 3. D. de iure fisci §. 4. pag. 1015. sq. und POTHIER Pand. Justin. c. l. not. g. et i.

71) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 13. in fin.

72) BRUNNEMANN Comm. ad L. 6. D. de iure fisci und ANCKELMANN Diss. de cessione nominis. §. XIV. not. v.

geltlich geschehen ⁷³⁾. Es tritt hier die Regel ein: Qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam ⁷⁴⁾. Z. B. der minderjährige Cessionar sucht in dem Prozeß mit dem debitor cessus wegen einer Versäumniß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; dieß muß sich der Schuldner gefallen lassen. Denn solche Rechtswohlthaten, welche die Gesetze einer Person überhaupt, ohne Beziehung auf die Sache, in welcher gerade davon Gebrauch gemacht werden will, erteilt haben, verlieren dadurch ihre Gültigkeit nicht, daß der Privilegirte ex iure cesso klagt, wenn dem Schuldner auch dieses insofern nachtheilig ist, daß er nun gegen den privilegirten Cessionar die Einrede zufällig verliert, deren er sich in diesem Falle gegen den nicht eben so privilegirten Cedenten hätte bedienen können.

Die wichtigste und streitigste Rechtsfrage ist jedoch noch die, ob eben diejenigen Einreden, welche dem Cedenten entgegengesetzt werden konnten, auch dem Cessionar entgegenstehen? Man unterscheidet hier gewöhnlich ⁷⁵⁾ folgende Fälle. Die Einreden sind entweder a) dingliche, die auf keine gewisse Person beschränkt, sondern

73) S. MÜHLENERUCH Comm. cit. de iure eius, cui actionib. cessit creditor. III. 12. pag. 40. sqq.

74) L. 55. L. 151. und L. 155. D. de reg. iur.

75) L. 7. §. 4. et. II. L. 36. D. de minoribus.

76) Ant. FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. cap. 9. Io. a SANDE Tr. de actionum cessione Cap. XIII. §. 7. Christ. LENZ Tr. de nominibus et actionib. cessis. Cap. 32. et 33. BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th 5. nr. 10. Gustav. Bernh. BECMANN Diss. de successione creditoris in alterius locum §. 8. ANCKELMANN Diss. de cessione nominis. §. 14. num. III. a. u. m.

bern in den cedirten Recht selbst gegründet sind, obet
 b) persönliche, sofern sie auf die Person entweder des
 Beklagten oder des Klägers beschränkt sind. Wenn nun
 der Cessionar aus dem ihm abgetretenen Recht klagt, so
 soll es darauf ankommen, ob er *actione mandata*, Na-
 mens des Cedenten, als *procurator in rem suam* klagt,
 oder in eigenem Namen mit der *actio utilis*, wie ihm
 nach dem Rescript des Kaisers Pius erlaubt ist. In
 dem ersten Falle müsse sich der Cessionar alle Einreden
 gefallen lassen, welche der Schuldner dem Cedenten selbst
 hätte entgegensetzen können, sie seyen dingliche oder per-
 sönliche. In dem letztern Falle hingegen unterscheidet
 man weiter, ob die dem Schuldner zustehenden Einreden
 dingliche oder persönliche sind. Jene stehen auch
 dem Cessionar entgegen, denn das bringe deren Natur
 mit sich⁷⁷⁾. Diese aber könnten, sofern sie blos die
 Person des Cedenten betreffen, dem Cessionar nicht ent-
 gegengesetzt werden; z. B. die *exceptio doli*⁷⁸⁾. Doch
 sey der Fall auszunehmen, wenn die Cession unentgelt-
 lich geschehe, weil sonst der Cessionar sich mit dem Schwa-
 den des Schuldners auf eine unbillige Art bereichern
 würde.

77) Arg. L. 14. §. 3. D. *Communi divid.* L. ult. §. 1. D. *de
 except. rei vend. et trad.* Cap. 46. *de reg. iuris in Vlt.*
 Man rechnet dahin die *exceptio rei iudicatae, pacti, praescrip-
 tionis, non numeratae pecuniae, metus iniusti*, SCti *Velleja-
 ni, Macedoniani, solutionis, compensationis, iurislurandi, u. d.*
 L. 7. §. 1. D. *de except.*

78) L. 4. §. 28. et §. 31. D. *de doli mali et met. except.* L. 3.
Cod. de peric. et commodo rei vend.

würde ⁷⁹⁾. Allein dagegen läßt sich Erstens mit Recht einwenden, daß der Cessionar, der die ihm abgetretene Forderung verfolgt, doch nie eine andere Klage anstellen könne, als welche der Cedent selbst anzustellen gehabt hätte, er bringe sie nun als eine *actio mandata*, oder als *actio utilis* vor. Denn die Wirkung bey beyden Klagen ist, wie bereits oben bemerkt worden, die nämliche. Was also der *actio mandata* für Einreden entgegenesetzt werden können, stehen auch der *actio utilis* entgegen. Zweitens daß auch der gemachte Unterschied zwischen *exceptiones in rem* und *in personam* hier nichts entscheiden könne, erhellet daraus, weil nach der verschiedenen Bedeutung, welche die Gesetze mit diesen Benennungen verbinden, die nämliche Einrede eine dingliche und auch wieder eine persönliche seyn kann. So z. B. wird die *exceptio doli mali* in der *L. 7. §. 1. D. de except.* zu den *exceptionibus rei cohaerentibus* gezählt, und doch *L. 2. §. 1. D. de doli mali et met. except.* gesagt: *Et quidem illud annotandum est, quod specialiter exprimendum est, de cuius dolo quis queratur: non in rem, si in ea re dolo malo factum est: sed sic, si in ea re nihil dolo malo actoris factum est.* Docere igitur debet is, qui obijcit exceptionem, *dolo malo actoris factum; nec sufficiet ei, ostendere in re esse dolum: aut, si alterius dicat dolo factum, eorum personas specialiter debebit enumerare; dummodo hae sint, quarum dolus noceat.* Dagegen wird gleich nachher §. 2. gelehrt: *Plane ex persona eius, qui exceptionem obijcit,*

79) *L. 6. D. de except. L. 4. §. 29. et 31. D. de doli mali et metus except.*

obicit, *in rem*-opponitur exceptio: neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, *sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris*. Man sieht hieraus, daß die exceptio doli mali nur in Rücksicht des Klägers, dem sie entgegengesetzt wird, eine exceptio in personam ist, in Rücksicht des Beklagten aber, der sie vor-schützt, eine exceptio in rem sey, welche auch auf den Nachfolger übergeht. Eben so ist die exceptio rei iudicatae zwar in rem; in sofern sie auch dem Successor zusteht⁸⁰⁾, aber doch auch nur in personam, insofern sie nach der Regel des Modestinus: *res inter alios iudicata aliis non obest*, nur demjenigen entgegengesetzt werden kann, wider welchen der rechtskräftige Ausspruch des Richters geht⁸¹⁾. Es läßt sich hieraus wohl ein sehr gegründeter Schluß machen, daß die alten Römischen Rechtsgelehrten den Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Einreden wohl nicht zum Mittelpunkt der Entscheidung der gegenwärtigen Frage können gemacht haben. Hierzu kommt c) daß selbst die exceptio doli mali dem Cessionar unbedingt *ex persona cedentis* entgegengesetzt werden kann, insofern er sich des Rechts des Cedenten bedient, die Cession sey *ex causa onerosa* oder *lucrativa* geschehen. Der Grund liegt einmal in der Natur der Sache selbst. Denn wie konnte hier der Auctor des Cessionars durch seinen Dolus ein Recht erwerben, was er mit der Wirkung einer gerichtlichen Rechtsverfolgung auf ihn hätte übertragen können? Ein Recht oder Klage, so man selbst nicht hat, kann man auch

80) L. 7. §. 1. D. de except.

81) L. 10. D. eodem. L. 2. Cod. eodem.

auch gewiß keinem Andern abtreten. Aber es ist dieses auch die Stimme der Befehle, welche uns nicht nur die allgemeine Regel geben: *Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor, a quo ius in me transit* ⁸²⁾; — *Quod ipsis, qui contraxerunt, obstat, et successoribus eorum obstat* ⁸³⁾; — *Plerumque emtoris eadem causa esse debet, circa petendum ac defendendum, quae fuit auctoris* ⁸⁴⁾; sondern auch namentlich bey der *exceptio doli* es für billig halten, eum, qui ex persona auctoris utitur accessione, pati dolum auctoris, wie Ulpian lehrt *L. 4. §. 27. D. de doli mali et metus exceptione*. Erwägt man nun noch endlich, daß der Cessionar an die Stelle des Cedenten tritt, und daß der Zustand des Schuldners durch die Cession nicht verschlimmert werden darf, so läßt sich daraus die Meinung derjenigen ⁸⁵⁾ erklären, welche zur Regel annehmen, daß der Cessionar unstreitig alle diejenigen Einreden wider sich gelten lassen müsse, welche seinem Cedenten entgegenstanden, sie seyen dingliche, oder persönliche, *exceptiones iuris* oder *facti*, der Cessionar flage mit der *actio directa mandata* oder *utilis*. Die Wahrheit liegt auch hier, wie gewöhnlich, in der Mitte. Soviel ist 1) außer Zweifel, daß der Cessionar alle diejenigen Einreden wider

82) *L. 175. §. 1. D. de div. reg. iur.*

83) *L. 143. D. eodem.*

84) *L. 156. §. 3. D. eodem.*

85) E. LAUTERBACH *Colleg. Pand. h. t. §. 40.* Weber *Syst. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit.* §. 117. Not. 9. E. 710. ff. MALBLANC *Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 548. pr.* und GÜNTHER *Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 978. in fin.*

der sich gelten lassen muß, welche sich weder auf eine gewisse Person, noch Sache beziehen, sondern dem Beklagten gegen jeden Kläger zustehen. Dahin gehören z. B. die Exceptionen, welche den Gerichtsstand betreffen; dahin gehört auch die exceptio moratorii, wenn gleich diese Einrede dem Successor nicht zu statten kommt⁸⁶⁾. Eben so gewiß ist es 2) daß diejenigen Einreden, welche das Klagerrecht betreffen, und entweder darauf gehen, daß dem Kläger gar keine Klage zustehet, wie z. B. die exceptio S^Cti Macedoniani und Vellejani, oder daß die Klage aufgehoben sey, wie z. B. die exceptio praescriptionis, compensationis⁸⁷⁾; iurisiurandi, rei

D d 2

iudi-

86) *S. Iust. Henn.* BOEHMER *Diff. de literis respirationis earumq. validitate et invaliditate. Cap. II. §. 10.* und besonders *Io. ANZMANN Vindiciae veritatis: fideiussorem, obtento a debitore principali rescripto moratorio, a creditore conveniri haud posse, Dissertat. praefide Io. Ge. SCHLOER, Moguntiae 1782. def. §. 23.*

87) Der Grund, warum die Einrede der Compensation dem Cessionar eben so, wie dem Cedenten, entgegengesetzt werden kann, liegt darin, weil die Klage ipso iure aufgehoben wird, sobald die causa compensandi eintritt. Eine Forderung, die nicht mehr existirt, kann also auch nicht mit Wirkung cedirt werden. *L. 4. Cod. de compensat.* Wäre jedoch der Cedent erst nach der Cession Schuldner des debitoris cessi geworden, so kann der Schuldner deswegen dem Cessionar die Einrede der Compensation nicht entgegensetzen, sofern nämlich der Cessionar dem Schuldner von der ihm geschenehen Abtretung der Schuldforderung Nachricht gegeben hatte. Denn so wenig der Schuldner jetzt mehr dem Cedenten Zahlung leisten konnte, so wenig kann er sich auch durch eine Compensation von seiner Schuld befreien. *S. WILLENBERG Diff. de privilegio ced. et cessionar. Cap. IV. §. 3. et 4. a SANDE l. c. Cap. XIII. §. 4. et 5.* Ein Anders wäre, wenn dem Schuldner keine An-

zeige

judicatae ⁸⁸⁾ u. d. dem Cessionar eben so gut, wie dem Cedenten, entgegengesetzt werden können. Soviel jedoch die exceptio doli anbetrifft, so ist vor allen Dingen zu unterscheiden, ob der Cedent das dem Cessionar abgetretene Recht blos durch den Dolus erwarb, oder nicht. Nur in dem ersten Falle kann dem Cessionar die Einrede des Betrugs unbedingt entgegengesetzt werden. Denn so wenig der Cedent deshalb selbst klagen konnte, eben so wenig konnte er auch ein Klagerecht mit Wirkung erheben. In dem letztern Falle hingegen wird dem Cessionar die exceptio doli nicht entgegen stehen. Z. B. der

zeitige geschehen seyn sollte. Hier würde demselben auch in diesem Falle die Einrede der Compensation nicht zu versagen seyn. S. LENZ Tr. de nominib. et action. cessis. Cap. XXIII. Membr. 6. nr. 16 — 22. Hatte der Cedent das Privilegium, daß sich der Schuldner in Ansehung der abgetretenen Schuld mit keiner Compensation gegen ihn schützen konnte; L. 46. §. 5. D. de iure fisci; so wird auch dem Cessionar diese Einrede nicht entgegen stehen. Denn hier fällt der oben angegebene Grund der Compensation weg. S. MÜHLENBRUCH Comm. cit. IV. 4. pag. 52. sqq. Daß sich der Cessionar die Einrede der Compensation müsse gefallen lassen, wenn er selbst dem debitor cessus schuldig ist, leidet keinen Zweifel.

88) Es wird auch hier vorausgesetzt, daß die Sache schon vor der Cession gegen den Cedenten müsse rechtskräftig entschieden worden seyn. L. 44. D. de re iudicata. Hat erst nach der Cession der Cedent wegen des abgetretenen Rechts mit dem Schuldner einen Prozeß ohne Wissen und Willen des Cessionars angefangen, und solchen verlohren, so kann dieß dem Cessionar zu keinem Nachtheil gereichen. S. Ge. Math. FRANCKENBERG Diss. de effectu rei iudicatae adversus eos, qui in lite non fuerunt. Marburgi 1770. §. 19. et 20.

der Intestaterbe berebet den Testamentserben auf eine betrügerische Art die Erbschaft auszuschlagen. Nun cedirt ersterer die Erbschaft an mich gegen den Empfang eines bestimmten Preises. Wenn ich nun, der ich von dem, was vorging, nichts wusste, die Erbschaftsklage gegen den Testamentserben anstelle, so kann er mich mit der *exceptio doli* nicht zurückweisen. Der Verkäufer hat zwar auch hier betrügerisch gehandelt, allein dieser Betrug verbindet seinen Urheber nur zur Leistung des Interesse, mindert aber das erworbene Recht eines Dritten nicht, weil hier der Cedent die Erbschaft nicht durch den Betrug erworben, sondern dieselbe, als *heres legitimus*, verkauft hat⁸⁹⁾. So belehrt uns Ulpian *L. 4. §. 28. D. de doli mali et met. except.* wo er sagt: *Si cum legitima hereditas Gaii Seii ad te perveniret, et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem; et postea quam ego repudiavi hereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto, isque a me petat hereditatem: exceptionem doli mali eius, qui ei cessit, non potest pati.* Hieher gehört auch, wenn Kaiser Alexander *L. 3. Cod. de peric. et comm. rei vend.* sagt: *Dolum auctoris bonae fidei emtori non nocere, certi iuris est.* Ein Anders wäre, wenn der Cedent dem Cessionar die Erbschaft unentgeltlich abgetreten hätte. Hier muß sich der Cessionar die *exceptio doli* gefallen lassen. Die Gesetze halten dieses darum für billig, weil sich sonst der Cessionar zum Schaden des Testamentserben bereichern würde⁹⁰⁾. Folgende Gesetzstellen bestätigen diese Ausnahme.

L. 4.

89) S. MÜHLENBRUCH c. 1. pag. 50. et 51.

90) *L. 33. L. 206. D. de div. reg. iur. L. 6. §. 2. D. de iure dot.*

L. 4. §. 29. D. eodem. Si quis autem ex causa legati vindicet, aut is, cui ex causa donationis res praestita est, vindicet, an de dolo exceptionem patiatur ex causa eius, in cuius locum successerit? Et magis putat POMPONIUS summovendum. Et ego puto exceptione eos esse repellendos: *cum lucrativam causam sint nacti.* Aliud est enim *emere*, aliud *ex his causis succedere.*

L. 4. §. 31. D. eodem. Auctoris autem dolus (sicut diximus) emtori non obiicitur. Sed hoc in emtore solo servabimus: item in eo, qui permutaverit, vel in solutum accepit: item in similibus, qui vicem emtorum continent. — *ex quacunque alia causa, quae prope lucrativam habet acquisitionem, quaesisse quis videatur, patietur exceptionem doli ex persona eius, in cuius locum successit.* Sufficit enim, si is, qui pretium dedit, vel vice pretii, cum sit bona fide emtor, *ut non patietur doli exceptionem ex persona auctoris: utique si ipse dolo caret.* Caeterum si ipse dolo non careat, pervenitur ad doli exceptionem, et patietur *de dolo suo exceptionem.*

Aus dem angeführten Grunde wird jedoch auch selbst bey einem Kaufe dem Cessionar der Dolus seines Auctors schaden, so weit er durch den Kauf einen Gewinn zu erhalten sucht. Hierauf deutet Paulus hin, wenn er *L. 37. D. de act. emti et vend.* sagt: Sicut aequum est, bonae fidei emtori alterius dolum non nocere, ita non est

dot. S. LENZ cit. Tr. Cap. XXXIII. nr. 5. et 6. VOET Comm. ad Pand. Lib. XLIV. Tit. 4. §. 2. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. eod. §. 8.

est aequum, eidem personae venditoris sui dolum prodesse⁹¹⁾.

Es ergibt sich hieraus 3) daß Einreden, welche blos die Person des Cedenten betreffen, jedoch das übertragene Klagerrecht nicht ganz vernichten, dem Cessionar nur in sofern entgegenstehen, als sich derselbe mit dem Schaden desjenigen zu bereichern sucht, wider welchen er das ihm abgetretene Recht geltend macht. Ob aber

4) Einreden, welche ein gewisses gegenseitiges persönliches Verhältniß zwischen dem Kläger und Beklagten voraussetzen, noch Statt finden, wenn dieses Verhältniß durch eine Cession aufgehoben wird, ist eine Frage, welche besonders in dem Falle von Wichtigkeit ist, da dem Schuldner die Wohlthat der Competenz zusteht. Die Rechtsgelehrten sind auch hierüber nicht einig. Von einigen⁹²⁾ wird sie bejaht, von andern⁹³⁾ verneinet. Bestimmte Gesetze sind darüber nicht vorhanden. Es muß also die allgemeine Regel entscheiden: Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor, a quo ius in me transit⁹⁴⁾. Ueberdem kann die Natur der Verbindlichkeit durch die Cession nicht zum Nachtheil des Schuldners geändert

91) *S. Ant. FABER* Rational. in Pand. ad h. L. Anders erklärt diese Stelle *Wesphal* vom Kaufe §. 625. welcher behauptet, daß dem Käufer die exceptio doli jederzeit so gut entgegen stehe, wie dem Verkäufer.

92) *LENZ* Tr. de nominib. et act. cessis. Cap. 32. membr. 4. nr. 13. et 14. *LAUTERBACH* Disp. inaug. de beneficio competentiae. §. 44.

93) *MÜHLENERUCH* cit. Comm. pap. 54 sq.

94) *L. 175. §. 1. D. de div. reg. iur. L. 160. §. fin. D. eodem.*

bert werden, auch könnte ja der Cedent, welcher dem Schuldner die Competenz gestatten mußte, dem Cessionar natürlich nicht mehr Recht abtreten, als er selbst hatte.

Daß übrigens 5) der Schuldner, wenn er von dem Cessionar belangt wird, dem Cedenten noch den Eid deserriren könne, wenn das Factum, worüber der Eid geschworen werden soll, ein solches ist, welches nur allein den Cedenten betrifft, und wovon daher nur dieser allein Wissenschaft hat, ist schon an einem andern Ort ⁹⁵⁾ bemerkt worden.

§. 1020.

Die Cession kann ohne Wissen und Willen des Schuldners geschehen.

Zur Cession einer Schuldforderung wird zwar die Einwilligung des Schuldners nicht notwendig erfordert. Sie kann vielmehr gültig auch ohne sein Wissen, ja wider Willen des Schuldners geschehen. Die L. 3. *Cod. h. t.* und L. 1. *Cod. de novat. et delegat.* sagen einmüthig: *Nominis venditio et ignorante, vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet.* So lange jedoch der Schuldner von der geschehenen Cession keine Wissenschaft erhalten hat, kann er noch immer dem ersten Gläubiger Zahlung leisten, oder auch sich mit ihm vergleichen, und er wird dadurch von seiner Verbindlichkeit befreiet. Klagt nachher der Cessionar gegen den Schuldner, so kann sich dieser mit Recht der Einrede der Zahlung oder des Transacts bedienen. Dem Cessionar bleibt dann weiter nichts übrig, als gegen den Cedenten zu klagen, und von demselben

95) S. den 12. Th. 2. Abth. §. 799. S. 278. Man sehe auch BROKES Select. Observat. for. Obs. 338.

selben die Herausgabe des Empfangenen zu verlangen. Der Grund ist, weil durch die Cession die Verbindlichkeit zwischen dem ersten Gläubiger, oder dem Cedenten, und dem Schuldner nicht aufgehoben wird, den Schuldner aber seine Unwissenheit entschuldiget⁹⁶⁾. So belehrt uns Papinian *L. ult. D. de transact. Venditor hereditatis, emtori mandatis actionibus, cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transigit: si emtor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accommodanda est.* Desgleichen Hermogenian *L. 23. §. 1. D. h. t. Nominis venditor quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emtori restituere compellatur.* Dahingegen kann der Schuldner dem Cedenten von dem Augenblick an nicht weiter Zahlung leisten, da ihm die geschene Cession angezeigt worden ist⁹⁷⁾. Diese Anzeige kann sowohl von dem Cedenten, als dem Cessionar geschehen. Daß auch schon eine außergerichtliche Denunciation hinreicht, um den Schuldner von der Zahlung an den Cedenten abzuhalten, läßt sich nicht bezweifeln⁹⁸⁾. Denn die Gesetze spre-

96) S. WIESE Diff. de iuribus ex cessione tam valida quam invalida §. 7. KIND Quaestion. forens. Tom. II. Cap. 50. und Westphal vom Kauf §. 825. e) und §. 834.

97) Arg. *L. 4. Cod. Quae res pignori. 1o. Ulr.* CRAMER Tr. de solutione a debitore cesso et cessionem sciente cedenti facta; (in *Opuscul.* Tom. IV. Nr. 13. pag. 366. sqq.). *Sam. de cocceji iur. civ. contr. h. t. Qu. 19.* und Hypfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 992. a. E.

98) Klein's merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Jurist. Facultät 1. Th. Nr. XVIII. S. 147. u. Westphal's Rechts-gutachten 1. B. h. t. §. 4. S. 93.

sprechen dem Cedenten die Klage gegen den Schuldner ab, sowohl wenn diesem die Cession von dem Cessionar kund gethan worden, als wenn der Cessionar schon selbst gegen den Schuldner Klage erhoben, oder einen Theil der Zahlung von ihm erhalten hat⁹⁹⁾. Streitig aber ist es, ob jede andere Wissenschaft, welche der Schuldner auch ohne eine ihm geschehene förmliche Anzeig von der erfolgten Cession erhalten hat, genüge, das vorige Rechtsverhältniß zwischen ihm und dem ersten Gläubiger oder dem Cedenten aufzuheben? Viele¹⁰⁰⁾ läugnen dieses aus dem Grunde, weil den Schuldner die Cession nichts angehe, so lange sie ihm nicht durch eine förmliche Anzeig von Seiten der Interessenten kund gethan worden. Es gelte auch hier kein Schluß vom Transact auf eine Zahlung der Schuld, darum stehe die *L. ult. D. de transact.* nicht entgegen. Allein die meisten Rechtsgelehrten¹⁾, deren Meinung auch in der Praxis

99) *L. 3. Cod. de novat.* Daß dieses Gesetz von einer Cession der Klage, und nicht von einer bloßen Assignation rede, wie *Ant. FABER* Conjectur. iur. civ. Lib. XII. cap. 6. behauptet, hat *Reinh. BACHOV ECHT* Tr. de Actionibus. Disp. IV. Th. 3. pag. 126. ausführlich gezeigt.

100) *Ga. FRANTZKIUS* Variar. Resolution. Lib. I. Resolut. 13. nr. 42 — 44. *Io. VOET* Comm. ad Pand. h. t. §. 15. *Ant. FABER* c. lib. XII. cap. 3. *Jac. CURTIUS* Conjectur. Lib. III. c. 19. *Casp. SCHIFORDEGHER* ad *Ant. Fabrum*. Libr. III. Tr. XXIII. Qu. 10. *Chr. Henr. BREUNING* Quaest. iur. controv. An cessus, postquam sciverit factam cessionem, adhuc cedenti solvere possit? *Lipsiae 1771.* und *MALBLANC* Princip. iuris Rom. Tom. II. Sect. ult. §. 547. in fin.

1) *Ant. FACHINAEUS* Controversiar. op. Lib. III. Cap. 94. *Hug. DONELLUS* Commentar. de iure civ. Lib. XV. cap. 44. §. *Sed horum.* *Io. BRUNNEMANN* Comm. ad *L. 3. Cod. de novat.*

Praxis gilt²⁾, halten es für hinreichend, wenn der Schuldner, es sey auf welche Art es wolle, wenn auch gleich ohne eine ihm von den Interessenten selbst geschehene förmliche Anzeige z. B. von einem Zeugen, welcher bey dem Cessionsact gegenwärtig war, und die Cessionsurkunde mit unterschrieben hat, gewisse Wissenschaft erhalten, daß die Cession geschehen sey. Dem Schuldner stehe nun nicht mehr frey, seinem ersten Gläubiger Zahlung zu leisten, ohne dem Cessionar verhaftet zu bleiben, welcher nun in eigenem Namen gegen ihn klagen kann. Diese Meinung läßt sich allerdings rechtfertigen. Denn nur Unwissenheit soll den Schuldner gegen die Klage des Cessionars schützen, wenn er sich nach der Cession mit seinem Gläubiger wegen der Schuld verglichen hat, sagt Papinian *L. ult. D. de transact.* Es ist kein Grund vorhanden, dieses Gesetz blos auf den Vergleich zu beschränken, von dem es spricht; da gleicher Grund der Billigkeit bey jeder andern Tilgungsart der Schuld eintritt³⁾. Diesem ist auch die *L. 3. Cod. de novat.* nicht entgegen. Denn sie redet nur von den Fällen, da dem Cedenten keine Klage mehr gegen den Schuldner zustehen soll. Hieraus folgt aber nicht, daß nicht der Cessionar gegen

novat. nr. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 47 — 50. Ge. BEYER Delineat. iuris civ. sec. Pand. h. t. Posit. 96 — 100. Mich. God. WERNHER Lectiss. Commentar. in Pand. h. t. §. 15. und 16. Ad. Th. KIND Quaestion. forens. Tom. II. cap. 50.

2) *C. de BERGER* Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 5. Not. 6. und BEYER cit. loc. Posit. 96. et not. 9. pag. 343.

3) *C. de COCCEJI* iur. civ. controv. h. t. Qu. 19. §. *Equidem*, et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. o. Tom. II. pag. 406.

gegen den Schuldner klagen könne, wenn dieser, wohl wissend, daß sein Gläubiger die Schuld einem Andern abgetreten habe, dem erstern dennoch Zahlung geleistet hat. Hierzu kommt noch, daß die Gesetze überhaupt in solchen Fällen keine Anzeige für nöthig halten, wo derjenige, dem sie geschehen sollte, das schon ohnedem weiß, was er wissen soll ⁴⁾. Dem Schuldner wird also die replicatio doli mit Recht entgegengesetzt werden können, wenn er sich gegen den Cessionar mit der Einrede der Zahlung schützen wollte.

Aus allem ergiebt sich indessen soviel, daß es immer für den Cessionar sehr rathsam sey, wenn derselbe den Schuldner von der erfolgten Cession ungesäumt in Kenntniß setzt. Zahlt nun der Schuldner dem ersten Gläubiger dennoch, so wird er von seiner Verbindlichkeit gegen den Cessionar nicht frey ⁵⁾. Noch nützlicher für den Cessionar ist jedoch die Zuziehung des Schuldners selbst bey der Cession. Denn unterschreibt er den Cessionschein mit, so wird dadurch a) die Liquidität der Schuld besser, als auf irgend eine andere Art, ausser Zweifel gesetzt, und da hierdurch b) zugleich die legitimatio ad causam berichtigt wird, so kann sogar aus dem Cessionschein executivisch geklagt werden ⁶⁾. Der Schuldner erkennt überdem c) die Schuld hierdurch für richtig, und kann hernach keine von der

4) *L. 1. §. ult. D. de act. emti et vend. Cap. 31. de Reg. iuris in 6to BONIFACII VIII.*

5) STRYK de cautelis contract. Lib. IV. cap. 2. §. 8.

6) S. von Trußschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufträge. 2. Th. 4. Hptst. 6. Hptst. §. 69. S. 214.

der Person des Lebenden hergenommenen Einreden der Forderung entgegenzusetzen⁷⁾.

§. 1021.

Wer kann cediren? Wem kann cedirt werden, oder nicht?

Die Cession ist eine Art der Veräußerung, daher kann Jeder cediren, welcher die freye Disposition über sein Vermögen und insonderheit über das zu cedirende Recht hat⁸⁾. Personen, welche unter der Vormundschaft der Curatel stehen, können daher ohne Zustimmung ihrer Vormünder und Curatoren nicht gültig cediren⁹⁾. Eben so kann jedem cedirt werden, der Rechte zu erwerben fähig ist¹⁰⁾. Insofern jedoch die Cession durch einen lästigen Titel geschiehet, muß auch der Cessionar eine Person seyn, welche sich verbindlich machen kann. Ist also der Cessionar ein Minderjähriger, oder ein gerichtlich erklärter Verschwender, so kann ihm ohne Beytritt des Vormundes oder Curators ex causa onerosa nicht gültig cedirt werden, es müßte denn der Vormund dabey einen Vortheil für seinen Mündel oder Pflegebefohlenen finden, weshalb er auf der Aufrechterhaltung der Cession bestehen kann¹¹⁾.

Da

7) S. WERNHER Sel. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 182. und Westphals Rechtsgutachten und Erkenntnisse. 1. Th. h. t. §. 4. S. 93.

8) S. LENZ Tr. de nominib. et act. cession. Cap. 6.

9) LENZ cit. Tr. Cap. 6. Membr. 1. sqq.

10) LENZ Cap. 8. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 979. Hufeland Lehrbuch des Eitelrechts. 1. B. §. 648.

11) S. LENZ cit. Tr. Cap. VIII. membr. 1. nr. 6. membr. 2. nr. 15. membr. 3. nr. 1.

Da jedoch durch die Cession die Lage des Schuldners nicht verschlimmert werden darf, so verbieten die Gesetze 1.) die Cession an einen Mächtigeren²²⁾, d. i. an eine solche Person, welche auf irgend eine Art den Schuldner an Macht und Ansehen bedeutend übertrifft. Der Grund dieses gesetzlichen Verbots ist, damit nicht dem Schuldner durch einen solchen mächtigen Gläubiger, von dem er mehr, als von dem Cedenten, zu besorgen hat, die ihm zustehende Rechtsvertheidigung der cedirten Forderung wegen erschwert werden möge²⁴⁾. Die Folge einer solchen Cession ist Verlust des cedirten Rechts. Jedoch wird diese Strafe nicht von richterlichen Amts wegen, auch nicht zum Vortheil des Fiskus, sondern blos des Schuldners erkannt, wenn dieser darauf anträgt²⁵⁾. Die Verordnung der Kaiser Arcadius, Honorius und Theodosius lautet folgendermassen:

L. 2. Cod. Ne liceat potentioribus. Si cuiuscunque modi actiones ad potentiorum fuerint delatae personas, debiti creditores iactura multentur. Aperta enim

12) *L. 2. et 3. Cod. Ne fiscus vel republ. procurat. L. 1. et 2. Cod. Ne liceat potentiorib.*

13) STRYK *Diss. de potentiore cessionario. Halae 1693. Ge. FRANTZKIUS Variar resolution. Lib. I. Qu. 10. nr. 15. sqq. WERNHER Sel. Observat. fot. Tom. I. P. I. Obs. 283. et P. III. Obs. 209. LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 21.*

14) STRYK *cit. Diss. Cap. III. §. 15. MEVIUS P. II. Decis. 175. Fratr. BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Resq. 9. nr. 5.*

15) FRANTZKIUS *Var. Resolut. c. 1. nr. 60. HILLIGER in Donello enucleat. Tom. II. Lib. XVIII. cap. 11. lit. M. pag. 360. Ehibaut Syst. des Pand. N. 1. B. §. 81.*

enim credentium videtur esse verocitas, qui alios actionum suarum redimunt exactores.

Man schränkt jedoch diese Verordnung nur auf den Fall ein, da die Cession arglistig und aus Chifane geschehen ist, welches in dem Falle vermuthet wird, da der cedirende Gläubiger wohl gewußt hat, daß die Forderung nicht ohne Streit bengetrieben werden könne¹⁶⁾. Man behauptet daher in der Praxis durchgehends, daß bey ganz unstreitigen Forderungen, gegen welche der Schuldner nichts zu erinnern hat, und bey denen es ihm also gleichgültig seyn kann, an wen sie bezahlt werden sollen, der Grund des Gesetzes wegfallt¹⁷⁾, und überhaupt jenes Verbot in allen den Fällen keine Anwendung finde, wo dem Cedenten keine Gefährde zur Last fällt¹⁸⁾. Die Gesetze verbieten ferner II. eine Forderung gegen einen Minderjährigen an dessen Vormund zu cediren. Eben dieses gilt auch von jedem andern Curator, an dessen Pflegbefohlenen man eine Forderung hat, z. B. von Curatoren der Wahnsinnigen, oder gerichtlich erklärter Verschwender. Eine solche Cession ist nicht nur nichtig, sondern sie hat auch die Strafe des Verlusts der cedirten Forderung, und

16) RICHTER Decif. XXXVI. nr. 6. et 8. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 5. Th. 5. not. 2. *Fratr. BECMANNORUM* Conf. et Decif. c. 1. nr. 5.

17) STRYK cit. Diff. Cap. IV. §. 23. MEVIUS Part. III. Decif. 54. - BECMANNOR. Consil. c. 1.

18) FRANTZKIUS Variar. Resolut. Lib. I. Qu 10. nr. 53. *Henr. BROKES* select. Observat. forens. Obs. 313. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CC. medit. 1. et 2. WERNHER Lectiff. Commentat. in Pand. h. t. §. 7.

und zwar ebenfalls blos zum Vortheil des Schuldners, zur Folge. Hieher gehört die Verordnung des Kaisers Justinian in der *Nov. LXXII. cap. 5.* wo es heißt:

Si vero quis curator factus, res minoris perscrutatus fuerit, atque effecerit, ut cessiones sibi ipsi vel per donationem, vel per venditionem, vel alio quocunque modo fierent, sciat, omnino irritum esse, quod ab eo geritur, nec per se, nec per interpositam personam tale quid faciat, sed illa plane invalida sint, perinde ac si plane non essent facta. Manifestum enim est, si in talem cogitationem veniat, cum omnia ad interitum animae suae, et rerum, quae illius esse apparent, utilitatem ¹⁹⁾ facturum, et administraturum esse.

§. 1. Neque solum quamdiu curator fuerit, sed et postea illum ab eiusmodi cessione arcemus: ne forte hoc in animo habens, rem abscondat, et ubi eam male praeordinavit, deinde quando curator esse desit, et quod dolo machinatum est, latet, tum forte cum non amplius est tutor, cessionem accipiat, et in re dolose versetur. Nam tunc irritum esse volumus, quod factum est, et ut nullam actionem contra eum, qui antea in cura fuit, cessam obtinere possit: *sed pro non facto habeatur, et lucrum sit minoris,*
licet.

19) HOMBERGK ZU VACH in Novellis Constit. Justiniani ex Graeco in Latinum conversis pag. 537. will statt ἀφέλειαν i. e. utilitatem lieber ἀπώλειαν i. e. perniciem lesen, welcher Ausdruck auch *Cap. 1. Nov. LXXII.* gebraucht wird. Allein der Sinn, den die gemeine Lesart giebt, ist vollkommen richtig, und daher keine Aenderung nöthig.

licet cessio ex veris causis facta sit: non ut rursus ad cedentem redeat, (quasi nihil interim contra legem factum esse videatur) sed ut iis excidat, quae legem nostram violando exinde acquisivit, atque illa minor lucretur. — Atque haec dicimus de omni curatore, in quibuscunque etiam leges curam inducunt, sive in prodigis forte, sive furiosis, sive mente captis, vel si quid aliud lex iam dixit, vel natura quid inopinati inveniet.

Zu Folge der letztern Clausel dieses Gesetzes halten viele ²⁰⁾ auch die Cession einer fiskalischen Forderung an den Verwalter des Fiskus für ungültig und verboten. Nach dieser Meinung ist auch in der Praxis gesprochen worden ²¹⁾. Allein in der Theorie ist diese Ausdehnung nicht wohl zu rechtfertigen ²²⁾. Endlich verbieten auch die Gesetze III. daß kein Jude eine Schuldforderung an einen Christen einem andern Christen abtrete. Das Römische Recht kennt zwar ein solches Verbot nicht, sondern gestattet den Verkehr zwischen Juden und Christen ohne Einschränkung ²³⁾. Allein die deutschen Reichsgesetze ²⁴⁾

verord-

20) *Alph. de OLEA* de cessione iur. et action. Lib. II. Quaest. 6. nr. 8. 12. et 15. *Io. Henr. de BERGER* Oecon. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 19. *Aug. & LEYSER* Meditat. ad Pand. Vol. VIII. Specim. DLXXI. medit. 35. *Io. Balth. L. B. & WERNHER* Select. Observat. for. T. I. P. II. Obs. 377.

21) *HORN* Consil. Class. XI. Resp. 63. *LEYSER* c. I. und *WERNHER* c. I.

22) *C. Io. Ad. Th.* RIND Quaest. for. Tom. II. Cap. 51.

23) *L. 8. et 9. Cod. de Iudaeis.* *STRYK* Us. mod. Pand. h. c. §. 12.

24) *Abfch. des Reichstags zu Augsburg v. J. 1551.* §. 79. und *Reichspolicey-Ordnung v. Jahr 1577.* Glucks Erlaut. d. Pand. 16. Th. C e. 11.

verordnen zur Abstellung aller jüdischen Prellereyen und Vervortheilungen gegen bedrängte Schuldner,

daß kein Christ hinfort einem Juden seine Action und Forderung gegen einen andern Christen abkaufen, noch auch der Jude seine Schuld und Anforderung in einigen Weg einem Christen cediren, oder durch andern Contract zustellen solle, bey Verlust derselben Forderung.

Es ist kein Unterschied, die Cession sey unentgeltlich oder gegen eine Vergeltung geschehen, die Schuldforderung sey verzinslich oder unverzinslich²⁵⁾. Die Cession ist in jedem Falle nichtig, und zieht auch den Verlust der cedirten Forderung nach sich. Zwar ist hier nicht bestimmt, wem die verwirkte Forderung zu Theil werden soll. Daher sind die Meinungen der Rechtsgelehrten hierüber verschieden. Unstreitig verdient jedoch die Meinung derjenigen²⁶⁾ den Vorzug, welche für den Schuldner entscheiden. Non puto enim, sagt Modestin L. 10. D. *de iure fisci*, delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus

Tit. 20. §. 4. *E. Sam. Frid. WILLENBERG* Exercit. de cessione nominis cum Iudaeo instituta. (in *RIUS Select. Jurisprud. civilis* P. I. Exercit XIV.) und *Io. Sam. Frid. de BOEHMER* Diss. de cessione nominis a Iudaeo in Christianum facta rata vel irrita. *Francof. ad Oder.* 1738.

25) *E. de COCCERJ* ius civ. contr. h. t. Qu. 13. und *BECK* Tr. de iurib. Iudaeor. Cap. XII. §. 22.

26) *HECK* c. 1. §. 23. S. 273. von *Cramer* *Weglar. Nebenstunden*. Th. XII. S. 74. *Danz* *Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts*. 7. B. §. 643. S. 266.

bus *contra fiscum* facile responderit. Viele ²⁷⁾ wollen jedoch behaupten, das Gesetz finde heut zu Tage keine Anwendung mehr. Andere ²⁸⁾ glauben, es finde wenigstens bey gerichtlichen Cessionen nicht Statt. Noch andere ²⁹⁾ meinen, es sey auf Schutzhuden nicht zu erstrecken, weil der Schutzbrief sie berechti-ge, Handel und Wechselgeschäfte, gleich den christlichen Unterthanen des Landes, zu treiben. Ja viele ³⁰⁾ nehmen überhaupt Wechselforderungen von dem Verbote dieses Gesetzes aus. Allein das Gesetz leidet in der Allgemeinheit, mit welcher die Worte desselben gefaßt sind, keine dieser Einschränkungen. Es ist auch kein Grund vorhanden, warum das Gesetz in den Ländern, wo es nicht, wie z. B. in Sachsen, ist aufgehoben worden, nicht gelten sollte, da der Grund desselben noch jetzt der nämliche ist ³¹⁾. Die in den Schrif-

E e 2

ten

27) *de BERGER* Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. §. 5. Not. 2. von *Er a m e r* Nebenstunden Th. 3. Abh. IV. §. 6. *D a n z* angef. Handbuch 7. Band §. 643. Nr. III. C. 264. f. *Io. Ern. Inst.* *MÜLLER* Observation. practicar. ad *Leysferum*. Tom. II. Fasc. II. Obf. 418.

28) *CARPZOV* Responsa iur. Lib. V. Resp. 38. nr. 18. fqq. *RICH-TER* Decif. P. I, Decif. 36. nr. 12. fqq. *STRYK* Cautel. contract. Sect. IV. cap. 2. §. 17. u. *WILLENBERG* cit. Exercit. §. 8. fqq.

29) *PUFFENDORF* Observat. iuris univ. Tom. II. Obf. 150. *R u n d e* Grundsätze des allgem. deutschen Privatrechts §. 643.

30) *HOECKNER* Diss. de literarum cambialium indoffamento Cap. III. §. 4. *FRANCR* Institutiones iuris cambialis. Lib. I. Sect. I. Tit. 9. §. 3. *Christ. Gottl. RICCIUS* Exercitation. in universum ius cambiale. Exercit. V. Sect. VI. §. 29.

31) *LAUTERBACH* Colleg th. pr. Pand. h. t §. 22. et 23, *GRASS* Collat. iuris civ. Rom. cum recessib. Imp. Sect. VIII. §. 3.

ten der practischen Rechtsgelehrten ²¹⁾ vorkommenden Erkenntniße beweisen auch, daß häufig darnach gesprochen, und die Cession, wodurch ein Jude seine an einen Christen habende Forderung einem andern Christen cedirt hat, für unächtlich erklärt worden ist, ohne Unterschied, der cedirende Jude sey ein Schußjude, oder nicht, die Cession sey gerichtlich bestätigt worden, oder nicht. Die Vorschrift des Gesetzes findet jedoch in folgenden Fällen nicht Statt.

1) Wenn ein Jude die ihm gegen einen andern Juden zustehende Forderung einem Christen; 2) wenn ein Christ seine an einen andern Christen habende Forderung einem Juden; 3) wenn ein Christ seine an einen Juden habende Forderung einem Christen; und 4) wenn ein Christ das, was ihm ein Jude schuldig ist, einem andern Juden cedirt ²²⁾.

End-

pag. 398. sqq. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCI. Cor. 2. BECK Tr. de iurib. Iudaeor. Cap. XII. §. 23. S. 272. ff. Gebr. Oberbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. Band Medit. 161. Gerstlachers Handbuch der deutschen Reichsgesetze. Th. 10. S. 1912. Smeltens von Aufsätzen über Verträge etc. §. 132. S. 289. ff.

22) HARPPRECHT Consil. Tübing. Conf. 60. nr. 282. sqq. Consil. Facult. Tubing. Vol. V. Conf. 59. nr. 31. sqq. Vol. VIII. Conf. 48. nr. 40. WERNHER sel. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 99. Frat. BECMANNORUM Consil. et Decision P. I. Decif. 31. nr. 7. pag. 364. sqq. Pütterer auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 3. Th. Resp. CCCII. nr. 26. S. 759. ff. von Selchow Rechtsfälle. 2. Band Nr. XXVI. S. 7. ff.

23) Mich. GRASS Collation. iuris civ. Rom. cum Recessib. Imperii Rom. Germ. Sect. VIII. §. 3. pag. 393. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. V. Th. 3. Not. 2. BECK de iurib. Iudaeor. Cap. XII. §. 24. p. 275. Gerstlachers Handbuch der deutschen

Endlich ist noch zu bemerken, daß nach dem Römischen Recht Niemand einer Person, die noch unter väterlicher Gewalt steht, eine an desselben Vater habende Forderung gültig abtreten kann. Der Grund hiervon ist die aus der väterlichen Gewalt entstehende Einheit der Person. Daher sagt Pomponius *L. 7. D. de obligat. et actionib.* *Actiones adversus patrem filio praestari non possunt, dum in potestate eius est filius* ³⁴⁾.

§. 1022.

Welche Klage steht dem Cessionar gegen den Schuldner zu?

Wenn der Cessionar die ihm überlassene Forderung gegen den Schuldner klagbar macht, so stellt er dieselbe Klage gegen den *debitorem cessum* an, die dem Cedenten gegen ihn zustand, denn der Cessionar tritt an dessen Stelle. Nach der Natur der *Obligatio* im Sinn des Römischen Rechts kann jedoch die Klage von der Person des Gläubigers nicht getrennt werden. Der Cessionar konnte daher auch Anfangs die Klage durchaus nicht in eigenem Namen anstellen, sondern er mußte dazu ein Mandat von dem Cedenten erhalten haben, und auf solche Art in dessen Namen, als *procurator in rem suam*, klagen ³⁵⁾. Allein da dem Eigenthümer solange noch immer freystand, das Mandat zurückzunehmen, als noch keine *litiscontestatio*

schen R. Gezege Eb. X. S. 1913. u. MALBLANC *Princip. iur. Rom.* T. III. §. 549.

34) S. *Ian. e COSTA Praelection. illustrior. quosdam Titulos locaque selecta iuris civilis.* pag. 111.

35) MÜHLENBRUCH *Comment. de iure eius, cui actionibus cessit creditor.* l. 2. pag. 9. sqq. Westphal vom Kaufe §. 828.

tion erfolgt war, ja wenn derselbe ohne Erben starb, das Mandat ipso iure erlosch, so geschähe es hierdurch häufig, daß die Wirkung des Cessionsgeschäfts vereitelt wurde. Daher erlaubte der Kaiser Pius zuerst dem Käufer einer Erbschaft, auch ohne Cession, gegen die Schuldner derselben in eigenem Namen zu klagen³⁶⁾. Dieses neuere Recht hat man nachher durch mehrere Rescripte der Kaiser auf mehrere ähnliche Fälle ausgedehnt, und insonderheit nach dem Beyspiel desjenigen, dem ein Nomen verpfändet worden, zuletzt auch auf den erstreckt, welchem eine Schuldforderung verkauft worden ist³⁷⁾. Nach dem neuern Recht hat es daher keinen Zweifel, daß der Cessionar nun eben sowohl, auch ohne Cession, mit der actio utilis in eigenem Namen, als mit der actio mandata im Namen des Cedenten klagen könne³⁸⁾. Da indessen auch selbst nach dem neuern Römischen Recht der Grundsatz gilt, daß die actio directa nicht auf den Cessionar übergehe, sondern bey dem Cedenten verbleibe; so hat der cedirende Gläubiger noch immer das Recht den Schuldner zu belangen, so lange von dem Cessionar noch nicht gegen den Schuldner geklagt und Einlassung im Proceß erfolgt, oder eine Abschlagszahlung an den Cessionar, oder auch eine Anzeige von der Cession an den Schuldner geschehen ist.

L.-3. *Cod. Mandati.* Si pater tuus tibi sui iuris constituto actionem adversus debitores suos mandavit: potuit

36) L. 16. pr. D. de pactis.

37) L. 7. *Cod. h. t.* S. Gesterding Ueber die Schuldbindlichkeit als Object des Pfandrechts. Greifswald 1812. 8. §. 5.

38) L. 8. *Cod. h. t.*

potuit et ipse praesens adversus eos re integra experi-
riri. Si quid itaque ab eo apud iudicem actum est,
rescindi nulla ratio patitur.

L. 3. Cod. de novat. et delegat. Si delegatio non
est interposita debitoris tui, ac propterea actiones
apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus
eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen an-
tequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat,
vel debitori tuo denunciaverit, exigere a debitore
tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo
tui creditoris exactionem contra eum inhibere.

Es muß jedoch, wie schon oben bemerkt worden, der
Cedent dasjenige, was er von dem Schuldner empfangen
hat, dem Cessionar herausgeben³⁹⁾; so wie auch dieser,
bey der Concurrenz mit jenem, nun mit Recht den Vorzug
verlangen kann, seitdem ihm, ohne einer Vollmacht von
dem Cedenten weiter benöthiget zu seyn, die actio utilis
in eigenem Namen zu erheben gestattet ist⁴⁰⁾.

Mehrere heutige Rechtsgelehrten⁴¹⁾ behaupten jedoch,
daß das Römische Recht in diesem Punct nicht bey uns
recipirt sey. Denn nach dem deutschen Gerichtsgebrauche
gehe durch die Cession das Recht der Forderung selbst auf
den

39) *L. 23. §. 1. D. h. t.*

40) *L. 55. D. de procurat.* S. Io. Christoph. PISTOR *Diff. de
concurfu cedentis et cessionarii secundum diversa iuris Rom.
principia et usum hodiernum forensē. Giesiae 1750.*

41) Io. SCHILTER *Prax. iur. Rom. Exercit. 30. §. 64.* SCHAUM-
BURG *Compend. iuris Dig. h. t. §. 10.* PISTOR *cit. Diff.
Sect. II. §. 7. sqq. u. Höpfner Commentar über die Heinecc.
Institutionen. §. 992. S. 1032. u. 2.*

den Cessionar über, dieser werde daher nicht blos PROCURATOR in rem suam, sondern völliger Eigenthümer des ihm abgetretenen Rechts, ohne daß dem Cedenten weiter ein Klagerrecht vorbehalten bleibe, wenn gleich der Cessionar noch nicht klagbar geworden, auch noch keine Anzeige von der Cession an den Schuldner geschehen sey. Schon durch das bloße Factum des Cedenten werde der Schuldner von dem alten Gläubiger frey. Zahle ihm dennoch der Schuldner, so habe der Cedent eine Nichtschuld empfangen, obwohl der Schuldner durch diese Zahlung seiner Verbindlichkeit entlediget werde, wenn er sich deswegen in einer verzeihlichen Unwissenheit befunden habe. Allein es ist theils schon oben (§. 1017.), theils auch von andern ⁴²⁾ dargethan worden, daß die vorgetragene Grundsätze des Römischen Rechts nicht bloße Subtilitäten, sondern Folgen aus der Natur der Sache sind, deren heutige Gültigkeit sich nicht mit Grund bezweifeln läßt.

• Es mag übrigens der Cessionar gegen den Schuldner actione directa oder utili klagen, so muß er sich gehörig zur Sache legitimiren ⁴³⁾. Dieß geschieht gewöhnlich und vorzüglich durch die Cessionsurkunde. Das Cessionsgeschäft

42) *S. Ulr.* HUBER Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 27. §. 2. et §. 3. et ad Pand. Lib. XVII. Tit. 1. §. 10. BACHOV Tr. de Actionib. Diss. IV. Th. 3. *Henr. COCCEJI* Diss. de cessione eor. quae ad hered. non transf. Cap. I. §. 1. HAUBOLD Diss. de legato nominis §. 8. *Weber zu Höpfners Commentar a. a. O. Not. 4.* und besonders MÜHLENBRUCH cit. Commentar. I. 2. pag. 9. sqq.

43) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCI. medit. 1. und *Io. Tob. CARRACH* Diss. de vera indole exceptionis legitimationis ad causam. §. 9.

schäft ist nämlich entweder gerichtlich oder außergerechtlich verhandelt worden. In dem ersten Falle wird ein förmliches Protokoll darüber abgefaßt, und solches dem Cessionar zu seiner Legitimation in beglaubter Abschrift mitgetheilt ⁴⁴⁾. Dief legt alsdann der Cessionar der Klage bey. Geschieht aber die Cession außergerechtlich, so pflegt der Cedent entweder dem Cessionar zu seiner Legitimation einen eigenen Cessionschein auszustellen, welcher dann eine genaue Angabe der Schuld, welche abgetreten worden, nebst dem Titel der Uebertragung enthalten muß ⁴⁵⁾; oder es wird auch die Cession gleich unter die dem Cessionar übergebene Schuldschreibung oder Obligation gesetzt. Ob zu dem Beweise einer Cession auch schon der bloße Besitz des Schulddocuments zureiche? ist eine Frage, worüber die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt sind. Einige ⁴⁶⁾ verneinen sie schlechterdings, wenn auch

44) S. H. Canzler von Trübschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze. 2. Theil 4. Hptstb. 6. Hptst. §. 73. f.

45) L. 31. *D. de acquir. rer. dom.* L. 55. *D. de obligat. et act.* LEYSER *Meditat. ad Pand.* Vol. III. *Specim. CCI. medit.* 4. SCHAUMBURG *Compend. iuris Dig. h. t.* §. 10. Elaprotz *Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingebung der Verträge und Contracte* 2. Th. §. 281.

46) LEYSER c. 1. *medit.* 2. MEVIUS *Tom. II. P. VII. Decif.* 126. et P. VIII. *Decif.* 236. *Io. Balth. L. B. a* WERNHER *Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs.* 247. de BERGER *Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 5. Not.* 12. *Iac. Frid. LUDOVICI* *Diff. de legitimatione ad causam. Halae 1712, §. 17.* *Io. Ulr. de CRAMER* *Observat. iur. univ. T. II. P. I. Obs.* 444. von Trübschler *Anweisung a. a. D. §. 72.* Ehibaut *Syst. des Pand. N. 1. B. §. 75. a. C. u. Gensler im Handbuch*

auch das Schulddocument auf jeden getreuen Briefs-Inhaber lauten sollte. Denn der Besitz, sagt man, wirkt nur dann eine rechtlche Vermuthung für den Besizer, welche ihn alles weiteren Beweises enthebt, wenn er von einem Dritten in Anspruch genommen wird; nicht aber, wenn er selbst auf das Factum seines Besitzes eine Klage gründen will, besonders wenn es nicht auf den bloßen Besitzstand, sondern auf das Recht selbst ankommt. Dieses ius possessionis müsse auch selbst der Besizer beweisen, wenn es von dem Beklagten gekündigt wird. Selbst die Clausel: allen getreuen Inhabern streite für diese Meinung. Denn das Wort getreuen zeige deutlich auf die Bedingung eines rechtlchen Erwerbs hin, welcher, also von dem Inhaber der Urkunde nachzuweisen sey. Allein richtiger unterscheiden andere ⁴⁷⁾, ob in dem Schulddocument ein gewisser Gläubiger benannt ist, oder nicht, sondern die Obligation überhaupt auf jeden Vorzeiger oder jeden getreuen Briefs-Inhaber lautet. In ersten Falle hat es seine unbezweifelte Richtigkeit, daß der bloße Besitz des Schuldscheins zur legitimation des Cessionars nicht hinreiche, enthielte er auch die Clausel: daß der Schuldner sich verbindlich mache, das empfangene Darlehn seinem Gläubiger, dem H. Mevius, und jedem treuen Inhaber dieses Briefs

zu Martin's Lehrbuch des gem. bürgerl. Processus. 1. Th. (Jena 1814.) Nr. V. §. m. Not. 100. S. 161.

47) *Io. Ad. Th.* KIND Quaest. forens. Tom. III. Cap. 40. *Car. Christoph. HOFACKER* Princip. iuris civ. Rom. Germ. cura *Gmelin* Tom. III. §. 1956. *Io. Jac. KEES* Diss. iuris iudicior. Quatenus sola chirographi possessione actor ad causam legitimetur? praef. *Jac. Frieder. KESSIO* def. Lipsiae 1808. A. . .

Briefs bereitst wieder zu bezahlen. Denn ohne den Willen des ersten Gläubigers konnte kein Dritter denselben Recht erwerben. Aus dem bloßen Besiz folgt aber nothwendig keine Cession, und auch die bloße Uebergabe, ohne eine *iusta causa praecedens*, überträgt kein Eigenthum⁴⁸⁾. Es ist ja der bloße Besiz einer Urkunde nicht einmal zur Legitimation eines Sachwalters im Proceß hinreichend⁴⁹⁾; wie viel weniger zum Beweis einer Cession? Wird endlich vollends executivisch geklagt, wie kann ein solcher Proceß bloß auf Präsumtionen gegründet werden? Ganz anders aber verhält sich's, wenn der Schuldbrief die Person des Gläubigers gar nicht ausdrückt, sondern auf jeden Inhaber (au Porteur) lautet. Bey solchen Obligationen kommt die Person des Gläubigers, eben deswegen, weil er darin nicht benannt ist, gar nicht in Betrachtung. Schon der Inhaber gilt hier für den Gläubiger, ohne daß es bey dem Verfahr derselben einer sonst gewöhnlichen Cession bedarf. Eben darin zeigt sich die ganz eigenthümliche Natur solcher au Porteur gestellter Schuldbriefe, daß der Schuldner, ohngeachtet er bey allen andern Verbindlichkeiten nur dem wahren Gläubiger gültig Zahlung leisten kann, bey solchen Obligationen allemal den Präsentanten bezahlt, ohne weder berechtigt noch schuldig zu seyn, nach dem wahren Eigenthümer zu fragen; und daß der Schuldner durch eine solche an den Präsentanten geleistete Zahlung von seiner Verbindlichkeit frey wird; wenn auch jener nicht der wahre Eigenthümer gewesen wäre.

48) L. 31. pr. D. de acquir. rer. dom.

49) S. den 5. Th. dieses Commentars S. 388. S. 238.

wäre ⁵⁰⁾. Eine andere legitimatio ad causam, als welche durch den Besitz und die Präsentation des Schulddocuments geschieht, kann bey solchen Obligationen gar nicht vorkommen. Denn der Schuldner hat jeden Inhaber derselben für seinen Gläubiger anzuerkennen erklärt, und demselben durch dieses unbedingte Zahlungsversprechen jede weitere Beybringung einer legitimatio stillschweigend erlassen. Wollte man einwenden, der Schuldner habe nur allen getreuen Inhabern Zahlung zu leisten versprochen, der Inhaber müsse also erst den rechtlichen Erwerb darthun, so würde ihm mit Recht die Replic, tua nil interest, entgegengesetzt werden können. Denn er wird ja durch die an den Präsentanten geleistete Zahlung von seiner Verbindlichkeit frey, wenn sich auch in der Folge ergeben sollte, daß der Vorzeiger, dem die Zahlung bona fide geleistet wurde, kein rechtmäßiger Inhaber gewesen sey.

Daß auch Zeugen zum Beweis der bey der Cession erforderlichen legitimatio zur Sache dienen können, sofern sie nicht durch die Natur der gewählten Proceßart ausgeschlossen werden, läßt sich nicht bezweifeln ⁵¹⁾. Ob aber auch der Eidesantrag als Beweismittel hier zulässig sey, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige ⁵²⁾ wollen den Gebrauch des Eides hier dar-
um

50) S. *Sönnner's Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des jurist. Studiums.* 1. Band Nr. XXVII. S. 474. ff.

51) S. *Gensler's Handbuch zu Martins Lehrbuch des gem. bürg. Proceßes* 1. Th. Nr. V. §. m.

52) *Io. Balth. L. B. a. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obl. 54. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obl.*

um ausschließen, weil er das Recht eines Dritten betreffe, und der Schuldner, wenn er den Eid zurückschlehen müßte, und der angebliche Cessionar ihn abschwüre, hierdurch gegen den Anspruch des wahren Gläubigers nicht gesichert seyn würde. Allein die Nichtigkeit dieser Gründe ist schon von andern ⁵³⁾ so erschöpfend dargestellt worden, daß wohl jetzt Niemand leicht jener Meinung mehr Beyfall geben dürfte. Weder die Gesetze noch deren Analogie schließen den Eidesantrag über die Legitimation zur Sache aus. Die Eidesdelation darf zwar freylich nicht bezwecken, über das Recht eines Dritten sich zu vergleichen, und diesem dadurch Eintrag zu thun; daß aber solche Rechtsverhältnisse, in Hinsicht auf welche ein Dritter interessirt seyn, und in der Folge klagbar werden kann, unter den jetzt streitenden Theilen durch den besetzten Eid entschieden werden können, sagen die Gesetze klar ⁵⁴⁾. Auch die Gefahr einer doppelten Leistung ist juristisch nicht vorhanden. Denn es ist entweder von einer solchen Klage die Rede, die nur gegen den Besizer Statt findet, oder von einer persönlichen Schuldklage. In dem ersten Falle ist der Beklagte gegen den Anspruch eines jeden Dritten dadurch hinlänglich

12. et 155. Elaprotb Einleitung in den orb. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 321. Nr. XIX.

53) BERGER Supplem. ad Electa disceptat. for. P. I. Tit. XVIII. Obl. 7. LUDOVICI Diss. de legitimat. ad causam. §. 36. KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 24. KEES cit. Diss. §. 3. von Berg Jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 4. Th. Nr. III. S. 90. ff. und besonders Gensler im angef. Handbuche 1. Th. Nr. V. §. m. S. 163. ff.

54) L. 3. §. 3. L. 9. §. 7. L. 11. pr. et §. 3. L. 13. §. 1. D. de iureiur.

länglich gedeckt, daß er nicht durch seine Schuld, sondern iustu iudicis, und also bona fide, den Besitz aufgegeben hat⁵⁵⁾. In dem letztern Falle konnte ja der Beklagte durch Annehmung des Eides den Angriff des angeblichen Cessionars vereiteln; hat er nun aber den Eid zurückgegeben, so muß er seinen freiwilligen Entschluß, und dessen Folgen, als ein sich selbst dargebrachtes Opfer betrachten. Ueberhaupt aber wird sich der Beklagte leicht vor Schaden hüten können, wenn er, wie ihm, um seines eigenen Vortheils willen, zu thun obliegt, vor seiner Erklärung auf die ihm geschene Eidesdelation die gehörige Erkundigung einzieht. Ungerecht aber würde es seyn, dem Kläger dieses Beweismittel zu entziehen, wenn er ausserdem sich außer Stande befinden würde, die Legitimation zur Sache durch andere Beweismittel bezubringen, zumal wenn der Beklagte selbst bey der Cession gegenwärtig gewesen wäre, oder sonst zuverlässige Nachricht davon erhalten hätte⁵⁶⁾.

Zuweilen kann auch der Erfüllungseid den Mangel des Beweises ergänzen, welcher besonders in dem Falle erkannt werden kann, wenn der Kläger das Schulddocument besitzt. Denn wenn gleich der bloße Besitz des Schuldbriefs, wosern er nicht au Porteur gestellt ist, zur Legitimation nicht hinreicht, so geht doch wenigstens aus dem Besitz eine solche Vermuthung hervor, welche, durch den Erfüllungseid bestärkt, einen vollkommenen Beweis wir-

ken

55) L. 167. §. 1. D. de div. reg. iuris. L. 7. §. 4. D. de iuris dict. L. 27. §. 1. D. de rei vindicat. L. ult. D. Si usufr. petat.

56) Sieber's gerichtl. Proceß §. 393.

den kann ⁵⁷⁾). Uebrigens kann die Legitimation des Cessionars in jedem Theile des Processus, ja auch noch nach dem Ablaufe der Verfallsfrist, selbst in der Appellationsinstanz, geschehen und gefordert werden ⁵⁸⁾).

§. 1023.

Was muß der Cedent bey der Cession einer Schuldforderung gewähren?

Die Klarheit der Gesetze läßt keinen Zweifel übrig, daß der Verkäufer einer Schuldforderung in der Regel nur allein für ihre Richtigkeit, nicht aber auch zugleich für ihre Güte stehen dürfe ⁵⁹⁾).

L. 4. D. h. t. Si nomen sit distractum, CELSUS libro IX. Digestorum scribit, *lotupletem esse debitorem, non debere praestare: debitorem autem esse, praestare, nisi aliud convenit.*

L. 5. D. eodem. Et quidem *sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit: sed si certae summae debitor*

57) MEVIUS P. I. Decis. 160. not. 3. und PISTOR cit. Diff. de concursu cedent. et cessionar. Sect. II. §. 13. Anderer Meinung ist Ant. FABER Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 29. Definit. 13.

58) CARPZOV P. I. Const. XVII. Def. 93. SCUAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 10. und KIND Quaestion. for. Tom. I. Cap. 83.

59) E. I. T. WORDENHOFF Disp. qua doctrina de cedente, ad cessi nominis bonitatem praestandam non obligato, sub examen revocatur. Trajecti ad Rhen. 1751. (in Ger. OELRICHS Thes. nov. Dissertat. jurid. Belgicar. Vol. I. T. I. Nr. V. p. 311. sqq.)

hitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor: si incertae, et nihil debeat, quanti inter sit emtoris.

L. 74. §. 3. D. de eviction. Qui nomen, quale fuit, vendidit, duntaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum praestare cogitur.

Um alle Mißdeutung zu verhüten, welcher diese Gesetze, ihrer Deutlichkeit ungeachtet, dennoch nicht entgangen sind ⁶⁰), ist vor allen Dingen näher zu bestimmen, was man unter der Richtigkeit und Wahrheit einer abgetretenen Forderung, versteht, welche nach Vorschrift dieser Gesetze der Cedent nur allein zu verantworten haben soll? Hierzu ist nun nicht genug, daß eine Schuld wirklich vorhanden sey; sie muß auch a) keinem fremden gegründeterm Ansprüche unterworfen, b) in ihrem ganzen Umfange, also in Ansehung der Quantität, des Alters, der Pfänder und Bürgen gegründet, und so beschaffen seyn, wie sie abgetreten worden ist, und c) dem Schuldner dagegen keine peremptorische Einrede zustehen. Dies sind die Punkte, welche das praestare, debitorem esse, wie Ulpian in der ersten Gesetzesstelle sich ausdrückt, oder, wie Hermogenian

60) Man lese z. B. die den Sinn der angeführten Gesetzesstellen völlig entstellende Interpretation bey *Ern. Rud. BRENNELSEN* in *Diss. de praestations evictionis in cessione nominis. Halae 1696.* und *Herm. ZOLL* in *Diss. ad L. 4. D. de hered. vel act. vendit. Rintzel 1707.* welche den irrigen Satz zu vertheidigen gesucht haben, daß der Cedent auch für die Güte der Schuld zu haften verbunden sey. *WORDENHOF* in *Diss. cit. Cap. II. pag. 243. sqq.* hat sie beyde gründlich abgefertiget. Dennoch ist ihnen *WALCH* in *Introduct. in controuv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. Membr. IV. Subf. I. §. 6.* beygetreten.

gestian in der letztern Stelle sagt, praestare nomen, ut sit, unter sich begreift. Denn ist ad a) eine fremde Schuldforderung verkauft worden, welche dem Cedenten nicht gehörte, und der Cessionar mußte den gegründeten Ansprüchen eines Dritten weichen; so treten hier die Grundsätze von der eigentlichen Evictionleistung ein, und der Verkäufer muß dem Käufer, wie bey dem Verkaufe einer dem Verkäufer nicht gehörigen Erbschaft, die aestimationem nominis, oder das Interesse prästiren⁶¹⁾. Ad b) versteht sich's, daß der Verkäufer diejenigen Eigenschaften der Forderung gewähren müsse, welche er angegeben hat. Venditor enim actionis, sagt Hermogenian L. 23. pr. D. h. t. omne ius, quod ex ea causa ei competit, tam adversus ipsum reum, quam adversus intercessores huius debiti cedere debet; sagt Paulus setzt noch L. 6. D. eodem hinzu: Emtori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet. Ad c) aber ist eine Klage, welcher eine peremptorische Einrede entgegensteht, so gut, als gar keine⁶²⁾. Denn nach dem Ausspruch des Marcellus⁶³⁾ ist der für keinen debitor mehr zu halten, welcher sich mit einer exceptio perpetua schützen kann. Was vollends gleich Anfangs die abgetretene Schuld in der da-
bey

61) L. 8. D. h. t. L. 70. D. de eviction. S. Ios. FINESTRES Hermogenian ad L. 74. §. 3. de evict. §. 1. pag. 501. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 41.

62) L. 112. D. de div. reg. iur.

63) L. 66. D. de div. reg. iur. L. 55. D. de Verb. Significat. L. 42. §. 1. D. de Obligat. et Action. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 39. UND WERNHER Lectiss. Commentat. ad Pand. h. t. §. 8.

bey zum Grunde gelegten Eigenschaft gar nicht vorhanden, so fällt das Geschäft als gleich von Anfang null und nichtig hinweg⁶⁴). Hierdurch erklärt sich nun, wenn Paulus *L. 5. D. h. t.* sagt: *Et quidem sine exceptione.* Mehr als Wahrheit gehört nun aber zur Güte der abgetretenen Schuld. Diese betrifft die Zahlungsfähigkeit und guten Vermögensumstände des Schuldners. Ulpian sagt: *locupletem esse debitorem*, welches Zermogenian so erklärt, *ut exigi etiam aliquid possit.* Also daß die abgetretene Schuld auch wirklich beygetrieben und erhoben werden könne, gehört zur Güte derselben, und für diese darf der Cedent nicht haften. Der Grund liegt in der Natur der Sache selbst. Denn der Cedent braucht nicht mehr zu gewähren, als was er wirklich verkauft hat, (*nomen quale fuit*). Dies ist nichts anders als die Schuld selbst. Ist diese an sich wahr, so hat der Cedent seiner Verbindlichkeit ein Genüge gethan, der Schuldner sey zahlungsfähig oder nicht. Denn das Unvermögen des Schuldners hebt das Recht des Gläubigers nicht auf, und kann daher auch dem Cedenten nicht zur Last fallen, weil der Cessionar nicht mehr Rechte erwerben kann, als der Cedent hatte. Der Cessionar übernimmt also die ihm abgetretene Schuld in dem Zustande, wie sie dem Cedenten zugehörte. Er muß also auch die Gefahr tragen⁶⁵). Ob die Abtretung

64) S. Weber's Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. St. Nr. 5. S. 41. und S. 49.

65) *L. 17. in fin. de hereditat. petit. L. 31. pr. D. de action. emti et vend. S. Ant. FABRI Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. cap. 7. Ge. FRANTZKE Commentar. in Pand. Lib. XXI. Tit. 2. nr. 24 — 35. und Sam. de COCCII iur. civ. contro. h. t. Qu. 17. et 18.*

tung der Schuld durch einen bloßen Verkauf, oder an Zahlungs Statt geschähe, macht keinen Unterschied⁶⁶⁾. Denn auch die Abtretung einer Sache an Zahlungs Statt ist mit Recht als ein Kauf zu betrachten. Papinian lehrt dieses überdem ganz bestimmt, wenn er *L. 96. §. 2. D. de Solut.*, sagt: *Soror, cui legatum ab herede fratre debebatur, post motam legati quaestionem transegit, ut nomine debitoris contenta legatum non peteret: placuit, quamvis nulla delegatio facta, neque liberatio secuta esset, tamen nominis periculum ad eam pertinere. Itaque si legatum contra placitum peteret, exceptionem pacti non inutiliter opponi.* Es ist hierin auch gar nichts Unbilliges zu finden. Denn haben sich die Vermögensstände des Schuldners erst nach der Cession verschlimmert, so ist dieß ein Unglücksfall, wofür der Cedent, als Verkäufer, ohnehin nicht haften darf, weil ja die Gefahr gleich nach geschlossenem Kaufe auf den Käufer übergeht⁶⁷⁾. Um so billiger trifft hier also den Cessionar der Schade, weil ihm von Zeit der geschenehen Cession an auch das *emolumentum iuris* gehört. *Neratius* sagt *L. 31. pr. D. de act. emti et vend.* *Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur.* Gesezt aber auch, daß schon zur Zeit der Cession die Umstände des

§ f 2

Schuld.

66) Anderer Meinung ist zwar *WORDENHOFF* cit. *Diss. Cap. III. §. 6.* Allein die *L. 96 §. 2. D. de solut.* steht seiner Meinung geradezu entgegen. *S. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 180.*

67) §. 3. *I. de emt. et vendit.* *VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14. in fin.*

Schuldners mißlich gewesen wären, so war es ja der Cessionar seiner eigenen Vorsicht schuldig, sich darum zu bekümmern⁶⁸⁾. Der Verkäufer konnte also mit Recht voraussetzen, es sey geschehen, und der Cessionar habe sich diese Umstände gefallen lassen⁶⁹⁾. Ueberdem konnten auch die Umstände des Schuldners immerhin schlecht seyn, und der Cessionar es dennoch für möglich halten, von dem Schuldner die Bezahlung der ihm abgetretenen Schuld zu erhalten. Denn es kommt bey der Beurtheilung der Güte einer Forderung nicht gerade darauf an, ob der Schuldner Zahlung in baarem Gelde leisten könne. Genug wenn die Güter des Schuldners noch soviel am Werth betragen, daß durch Abtretung an Zahlungsstatt nach einer beliebigen Taxe die Schuld getilgt werden kann⁷⁰⁾.

Es giebt indessen Ausnahmen, wo derjenige, welcher eine Schuldforderung gegen Vergeltung abgetreten hat, sowohl für die Richtigkeit, als Güte derselben stehen muß. Die oben angeführten Gesetze geben zwey Fälle an. 1) Wenn der Cedent eines Betrugs überführt werden kann (*dolum praestare cogitur*). Da jedoch ein Dolus im Zweifel nie vermuthet wird, sondern, wie L. 6. *Cod. de dolo malo* sagt, *ex indicibus perspicuis* erwiesen werden muß;

68) L. 19. D. de div. reg. iur.

69) L. 26. §. 2. D. Mandati. L. 3. in fin. D. de fideiuss. L. 3. in fin. D. Ut in possess. legator. S. Christfr. WAECHTLER Comment. ad L. 74. §. 3. D. de Evict. (in *Opuscul. 2-Christ. Henr. TROTZ* edit. pag. 177. sq.) Ios. FINESTRES in Hermogeniano ad eand. L. §. 4. pag. 503. Westphal vom Kaufe §. 832.

70) MEVIUS P. IX. Decis. 185.

muß⁷¹⁾; so ist es noch für keinen hinlänglichen Beweis zu halten, wenn der Cedent die schlechten Vermögensumstände des Schuldners zur Zeit der Cession gewußt hat. Denn wie wenn sie dem Cessionar auch eben so gut bekannt waren? oder der Cedent wenigstens diese Wissenschaft bey dem Cessionar mit Grund voraussetzen konnte? oder der Cedent Grund hatte, zu glauben, der Cessionar werde nichts einbüßen, weil dem Schuldner Mittel zu Gebote stünden, seine Umstände zu verbessern⁷²⁾? Es läßt sich auch daraus noch kein dolus von Seiten des Cedenten vermuthen, daß bald nach der Cession über das Vermögen des Schuldners ein Concurs ausbrach⁷³⁾, wenn nicht aus andern dabey eintretenden Umständen und Verhältnissen des Cedenten, insondernheit aus seinem Benehmen bey dem Cessionsgeschäft dringende Anzeigen eines begangenen Betrugs hervorgehen. Dahin gehört, wenn der Cedent dem Cessionar, seiner Erkundigung ungeachtet, die wahren Vermögensumstände und Verhältnisse des Schuldners, welche ihm zur Zeit der Cession vollkommen bekannt waren, verheimlichte, solche dem Cessionar ganz falsch

71) S. Günth. Heinrich von Berg Jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nr. XXIX. S. 335. f.

72) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 42. Weber's Bemerkungen über die Fälle, wo der Cedent einer Schuldforderung nicht nur für die Wahrheit, sondern auch für die Gültigkeit derselben haften muß. (in dem Archiv für die theor. u. pract. Rechtsgelahrtheit, herausgegeben von Hagemann und Günther 5. Th. Nr. 1. §. 3.) und Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. Th. §. 180.

73) Anderer Meinung ist zwar BRUNNEMANN Centur. I. Decif. 72. Allein man sehe WORDENHOFF Diss. cit. Cap. I. §. 9. pag. 337.

falsch vorstellte, und denselben dadurch zum Kaufe verleitet⁷⁴⁾. 2) Der andere Fall ist, wenn der Cedent auch für die Güte der Schuld zu stehen, sich durch Vertrag verpflichtet hat. Ulpian giebt diesen Fall in den Worten zu erkennen: *nisi aliud convenerit*. Da jedoch ein solches Versprechen von der Regel abweicht, so muß es ganz deutlich und bestimmt ausgedrückt seyn, weil sonst in zweifelhaften Fällen die Auslegung gegen den Cessionar zu machen ist⁷⁵⁾. Das bloße Versprechen einer Evictionsleistung ist daher nicht hinreichend, um den Cedenten auch für die Güte der abgetretenen Schuld verantwortlich zu machen, weil es in rechtlichen Sinn weiter nichts, als eine Gewährung der Richtigkeit der Schuld, ausspricht⁷⁶⁾. *Non est enim verisimile*, sagt Papinian *L. 4. pr. D. de Usuris*, plus venditorem promississe, quam iudicio *omni* praestare compelleretur. Da indessen bey Verträgen

74) S. WORDENHOFF cit. Diff. Cap. III. §. 1. pag. 368. und Westphal vom Kauf §. 832. a. E.

75) *L. 47. D. de Obligat et Act. L. 99. pr. D. de Verb. Oblig.* Ob das Versprechen, den Cessionar schuldlos zu halten, zur Gewährung der Güte der demselben abgetretenen Schuld verpflichtet, ist streitig. MEVIUS P. IX. Decis. 197. zweifelt daran. Allein das Gegentheil zeigt WORDENHOFF cit. Diff. Cap. III. §. 2. pag. 369. Ist das nomen als eine gute und Zahlbare Schuld cedirt worden, so hat es wohl keinen Zweifel, daß der Cedent auch für die Güte derselben stehen müsse.

76) LEYSER Meditat ad Pand. Vol. III. Specim. CXIX. med. 3. Leonh. Lud. MENCKEN Diff. de evictione in cessione nominis praestanda. Vitemb. 1738. §. 6. Sam. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 17. et EMMINGHAUS ad Eundem. Not. i. Anderer Meinung ist MÜLLER in Observat. pract. ad Leyserum T. II. Fasc. II. Obs. 416.

gen vorzüglich darauf Rücksicht genommen werden muß, quid actum sit inter contrahentes ⁷⁷⁾, so bleibt es freylich dem billigen Ermessen des Richters überlassen, aus den Umständen zu bemessen, ob etwa eine andere Absicht der Contrahenten sich zu Tage legen sollte ⁷⁸⁾. Sollte aber auch die Verpflichtung des Cedenten, für die Güte der Schuld zu stehen, an sich keinem Zweifel unterworfen seyn; so kann dennoch auch diese Verpflichtung, der Natur der Sache gemäß, nur von der Zeit verstanden werden, da die Cession geschehen, oder die Zahlung gefällig ist. Denn daß der Schuldner auf immer in guten Vermögensumständen bleiben werde, konnte der Cedent unmöglich, und wollte es auch vernünftig nicht versprechen ⁷⁹⁾. Ueberhaupt aber darf der Verkäufer künftige Fälle nicht vertreten ⁸⁰⁾. Eine Ausnahme von jener Regel findet 3) in dem Falle Statt, wenn die Frau eine an einen Dritten habende Schuldforderung ihrem Mann als Heyrathsgut cedirt. Hier darf der Mann, wenn ihn auch die Gesetze ⁸¹⁾ dem Käufer eines nominis in so weit gleichstellen, daß er gegen den Schuldner der Frau actione utilii in eigenem Namen klagen kann, dennoch die Gefahr des nominis cessi

77) L. 6. §. 1. D. de contrah. emt. et vend.

78) BRUNNEMANN de cess. action. Cap. V. nr. 61. und Weber in den angef. Bemerkungen §. 4. S. 8.

79) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14. MEVIUS P. I. Decif. 93. LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 43. Westphals Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerl. Rechts 1. Band. h. t. §. 9.

80) L. 11. D. de evict. PAULUS respondit, futuros usus evictionis post contractam emtionem ad venditorem non pertinere.

81) L. 2. C. de Obligat. et Action. Man sehe oben S. 388.

cessi nicht tragen, wenn ihm nur wegen zeitiger Beytrethung der Schuld keine Nachlässigkeit zur Last fällt. Der Grund liegt in der Natur des Heyrathsguts, welches nach getrennter Ehe zurückgegeben werden muß ⁸²⁾. Das Heyrathsgut bleibt daher auch Eigenthum der Frau, quamvis in bonis mariti sit, wie Tryphonin L. 75. D. de iure dot. lehrt. Diesem zu Folge sagt nun Paulus L. 49. pr. D. Soluta matrimon. Maevia marito suo, inter alias res dotis, etiam instrumentum solidorum decem tradidit, quo Otacilius eidem Maeviae caverat, daturum se, cum nuptum ire coepisset, decem millia. Ex eo instrumento maritus nihil exegit, quia nec potuit. Quaesitum est, si dos a marito petatur, an compellendus sit etiam illam summam, quae instrumento continetur, refundere? Respondi, potuisse quidem eum, cui actiones mandatae sunt, debitorem convenire; sed, si sine dolo malo vel culpa exigere pecuniam non potui, neque dotis nomine eum conveniri posse, neque mandati iudicio. Ein Anders wäre, wenn die Frau dem Mann das Heyrathsgut versprochen, und dann mit Einwilligung desselben ihm ihren Schuldner delegirt hätte. Hier gilt dann, was Ulpian sagt, L. 35. D. de iure dot. Coepit viri esse periculum, cum antea mulieris fuisset. Von eben diesem Falle ist Paulus zu verstehen, wenn er L. 41. §. 3. D. eodem sagt: Si a debitore mulieris sub conditione dos promittatur ⁸³⁾, et postea, sed antequam maritus petere posset, debitor solvendo esse desierit; magis peri.

82) S. Ant. FABRI Conjectur, iuris civilis Lib. XII. cap. 8:

83) Promittere wird hier für expromittere gebraucht, wie aus L. 36. et L. 53. D. de iure dot. erhellet.

periculum ad mulierem pertinere placet. Nec enim videri maritum nomen secutum eo tempore, quo exigere non poterit ⁸⁴⁾. Quod si iam tunc debitor, cum sub conditione promitteret, solvendo non fuerit: periculum viri esse, quod sciens ⁸⁵⁾ tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuerit. Man pflegt noch 4) eine Ausnahme in dem Falle zu machen, da eine Schuldsforderung zum Unterpfande gegeben, und diese auf den Fall nicht erfolglicher Reluktion dem Gläubiger cedirt worden ist ⁸⁶⁾. Nun hat zwar freylich die Veräußerung einer Schuldsforderung mit der Verpfändung derselben viele Aehnlichkeit. Denn beyde, sowohl derjenige, an welchen ein nomen veräußert worden, als derjenige, dem es verpfändet ist, haben das Recht, von einem Dritten eine Zahlung zu fordern, wozu sich dieser nicht gegen sie, sondern gegen einen Andern verbindlich gemacht hat. Bey der Cession sowohl, als bey der Verpfändung eines Nominis dauert ferner das Recht

84) Man sieht hieraus, daß auch bey der Delegation die Gefahr nicht eher auf den Gläubiger übergeht, als von der Zeit an, da die Schuld erigibel ist; um so weniger bey der Cession.

85) Sciens wird hier nicht dem ignorans entgegengesetzt, sondern heißt so viel, als ultro, sua sponte, et sine diligentiori inquisitione, aut exactiori cautione, wie *Desid. HERALDUS* Observat. et Emendation. libr. cap. 5. (in *Kv. OTTONIS Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 1318.) diese Stelle ganz richtig erklärt hat. Ob der Gläubiger, und in der gegenwärtigen Befehlsstelle der Ehemann, die Zahlungsunfähigkeit des ihm delegirten Schuldners gewußt habe oder nicht, kommt nicht in Betrachtung, quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum. L. 26. §. 2. D. Mandati

86) S. WORDENHOFF cit. Diff. Cap. 3. §. 4.

Recht des ursprünglichen Gläubigers an sich fort. Der Schuldner kann daher, so lange er von der geschehenen Veräußerung, oder Verpfändung nicht unterrichtet ist, mit Sicherheit dem ersten Gläubiger Zahlung leisten⁸⁷⁾, und beyde fordern dann das Bezahlte blos von dem Empfänger wiederum ab⁸⁸⁾. Diese große Aehnlichkeit veranlaßte auch, daß, nach dem Beispiel des Pfandgläubigers, auch dem Cessionar eine actio utilis in eigenem Namen gegen den Schuldner gestattet ward⁸⁹⁾. Dessen ungeachtet aber ist doch Verpfändung einer Schuld keine wirkliche Cession. Beyde Arten der Rechtsgeschäfte sind von einander ganz verschieden. Denn bey jener verbleibt das Eigenthum der Forderung dem Verpfänder, bey dieser aber geht die Absicht der Contrahenten dahin, daß das Recht des Cedenten aufhören, und auf den Cessionar übergehen soll. Bey der Veräußerung des Nomen soll sich daher der Erwerber das Objekt oder den Vortheil des Rechts zu eignen; bey der Verpfändung hingegen soll es ihm nur zur Sicherheit gewähren. Es ist demnach wohl eine ganz natürliche Folge, daß dem Cessionar der Schade trifft, wenn der Schuldner unvermögend ist, die Schuld zu bezahlen. Denn er hat das Risiko übernommen, ob die Schuld eingehen werde oder nicht. Anders ist es bey der Verpfändung. Hier trägt der Verpfänder die Gefahr als Eigenthümer⁹⁰⁾. Der Pfandgläubiger behält demnach sein Recht gegen ihn,

wenn

87) *L. ult. D. de Transact. L. 4. Cod. Quae res pignori.*

88) *L. 23. §. 1. D. h. t. L. 18. pr. D. de pignor. act. L. 13. §. 2. D. de pignor.*

89) *L. 7. et 8. Cod. h. t.*

90) *L. 9. Cod. de pignerat. act. MEVIUS T. II, P. IX. Dec. 168.*

wenn die verpfändete Schuld unbezahlt bleibe. Der Schade der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners trifft ihn nur insofern, als er dadurch an Sicherheit verliert⁹¹⁾. Da auch eine bloße Anweisung, von einem Dritten eine Schuld zu erheben, um sich dadurch bezahlt zu machen, keine Cession, sondern ein reines Mandat ist⁹²⁾; so kann man es für keine Ausnahme von der Regel halten, wenn der Assignatar für keine Gefahr steht, sondern der Assignant die Güte der angewiesenen Forderung gewähren muß⁹³⁾. Schon das Sprüchwort sagt, Anweisung ist keine Zahlung⁹⁴⁾. Zuweilen darf jedoch der Cedent für gar nichts stehen. Dies ist der Fall, wenn dem Cessionar die Schuld als eine ungewisse und streitige Forderung abgetreten wurde. Hier darf keine Gewähr geleistet werden, der Prozeß gelte aus, wie er wolle, wenn nicht ein Anderes ausgemacht worden ist⁹⁵⁾. Denn die Cession ist hier als ein bloßer Hofnungskauf zu betrachten⁹⁶⁾. Es muß nur aber der Cedent nicht arglistig gehandelt, und wissentlich eine Ichn-

gar.

91) S. Bestenbing Ueber die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts. §. 12.

92) S. den 15. Th. dieses Commentars §. 950. S. 241.

93) Ferd. Christoph. HARPPRECHT Disp. de assignatione nominis. §. 25. et §. 42. (in *Eiusdem* Dissertation. academ. Vol. II. Disp. LVI.) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 43. in fin. Schuppe Römisches Privatrecht 2. B. §. 356.

94) S. Eisenhart's Erbf. der deutschen Rechte in Sprüchwörtern 4. Abth. Nr. LVI. S. 428. f.

95) L. 10. D. h. t. L. 13. D. eodem. L. 27. Cod. de evict. WORDENHOFF cit. Diss. Cap. I. §. 9. Westphal vom Kauf. §. 833.

96) L. 11. D. h. t.

gar nicht zustehende Forderung als eine bloß ungewisse verkauft haben⁹⁷⁾. Denn hier muß er billig das Interesse leisten⁹⁸⁾.

§. 1024.

Lex Anastasiana.

Obwohl durch die Cession einer Forderung die Natur der Verbindlichkeit an sich nicht geändert wird; so wollen doch auch die Gesetze nicht, daß die Schuldner dadurch der Ehre und den Bedrückungen habgütiger, bloß auf fremde Schulden spekulirender Cessionare Preis gegeben werden möchte. Um diesem Uebel Einhalt zu thun, verordnete zuerst der für das Wohl der Schuldner besorgte Kaiser Anastas, daß der Käufer einer Forderung von dem Schuldner nicht mehr sollte einklagen können, als das von ihm dem Verkäufer dafür Gegebene, und die davon erlaubter Weise zu berechnenden Zinsen betragen. Es ist diese Verordnung unter dem Namen der *Lex Anastasiana* bekannt, und in der merkwürdigen *L. 22. Cod. Mandati* enthalten⁹⁹⁾. Man hat nicht nöthig, die Ver-

anlaß

97) *L. 12. D. eodem.*98) *L. 5. D. h. r.*

99) *Henr. Ern. FLOERKE* Diff. de *Leg. Anastasiana. Ienae 1691.*
Frid. Ulr. PESTEL Diff. de eod. arg. *Rintel. 1732. Io. Aug.*
BACH Exercit. iur. civ. de *Leg. Anastasiana. Lipsiae 1755. in*
Eius Opuscul. a Klatzio collect. Halae 1767. Nr. IX. p. 363.
sqq. Ia. Pet. BRUNS Diff. *Bonus debitor cessus a cessionario*
oppressus, sed ab Anastasio defensus in L. 22. Cod. mandati.
Duisburgi 1778. Bern. Henr. REINOLDI Diff. ad *Legem Ana-*
stasianam XXII Cod. Mandati. (in Eius Opuscul. iurid. a Iug-
lero edit. pag. 279. sqq.) Sme lins kursorische Betrachtun-
 gen über das sogenannte Anastasianische Gesetz. (in den ge-
 mein-

Anlassung zu dieser wohlthätigen Legislation, wie gewöhnlich geschieht, von der Lex Cincia, oder einer neuern unter dem Kaiser Claudius wegen der Advocatengebühren getroffenen Einrichtung, von der schon an einem andern Orte dieses Commentars ¹⁰⁰⁾ gehandelt worden ist, herzuleiten. Der Advocaten wird so wenig, als der Sachwalter, auch nur entfernt gedacht. Es soll vielmehr ohne Ansehen der Person des Cessionars, wes Standes, Alters, oder Geschlechts er sey, die Klage auf keine größere Summe zugelassen werden, als der Kläger selbst dafür gegeben hat. Man lese das Gesetz, und schon der Eingang zu demselben wird uns den natürlichsten Aufschluß geben. Er lautet folgendermaßen.

Per diversas interpellationes ad nos factas, comperimus quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes, cessiones aliis competentium actionum in semet exponi properare: hocque modo diversis personas litigatorum vexationibus afficere: cum certum sit, pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant, iura sua vindicare, quam ad alios ea transferre velle ¹⁾. Per hanc itaque legem iubemus,
trans-

meinung. jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle n. IV. Band S. 185. ff.) *Car. Frid. Curtius* Diss. de finibus exceptionis legis Anastasiana caute regundis *Lipsiae 1789.* und *Io. Christ. Schele* Spectm. de iustis limitibus lege Anastasiana nominis cessionis positis. *Helmstadii 1794.*

100) 5. Th. §. 369. S. 116.

1) Der Gesetzgeber giebt hier sehr treffend die Motive seiner Verordnung an, wenn er erzählt: Durch mehrere Fälle, die ihm vorgetragen worden, habe er die Erfahrung gemacht, daß

in posterum huiusmodi conamen inhiberi: nec enim dubium est, redemptores litium alienarum videri eos esse, qui tales cessiones in se confici cupiunt: ita tamen, *ut si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem, et usurarum eius actiones exercere permittatur*: licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit: exceptis scilicet cessionibus, quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contigit: et his, quascunque, vel creditor, vel is, qui res aliquas possidet, pro debito, seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit: nec non his, quas inter legatarios, seu fideicommissarios, quibus debita, vel actiones, seu res aliae relictæ sunt, pro his fieri necesse sit. Nulla etenim tali ratione

es Leute gäbe, die, um fremdes Gut zu erbeuten, sich daraus ein eigenes Geschäft machen, Forderungen, die Andern zugehören, an sich zu handeln, und die Abtretung derselben auf sich ausfertigen zu lassen; und alsdann allerley Chikanen anwenden, um die erhandelten Forderungen von den Schuldnern herauszupressen. Denn gewöhnlich seyen dieß ungewisse Forderungen, weil bey gewissen und unbeyweifelten Schulden diejenigen, die sie zu fordern hatten, ihr Recht vielmehr selbst verfolgen, als dasselbe auf andere erst übertragen würden. — Wo steht hier ein Wort, daß das Anastasianische Gesetz gegen die eigennützigen Verträge der Advocaten mit ihren Klienten gerichtet gewesen sey? wie gleichwohl Bach, Kelnold, Schele und fast die meisten behaupten. FLOERCKE cit. Diff. Cap. I. §. 11. glaubt, der Hauptzweck des Anastasianischen Gesetzes sey Verhütung der dem Wohl der Bürger höchst nachtheiligen Menge der Prozesse. Allein man sehe Smelin in den angeführten cursor. Betrachtungen §. 133. ff.

tione intercedente redemptor (sicuti superius declaratum est) magis existit, qui alienas pecuniis praestitis subiit actiones. Si autem per donationem cessio facta est: sciant omnes huiusmodi legi locum non esse: sed antiqua iura esse servanda: ut cessiones, tam pro exceptis et specialiter enumeratis, quam aliis causis factae seu faciendae secundum actionum, quaecunque cessae sunt, vel fuerint, tenorem, sine quadam imminutione obtineant.

Justinian hat dieses Gesetz nicht nur erneuert, sondern auch den Umfang desselben dahin erweitert, daß er die Ausflucht, der Cessionar habe die Forderung zum Theil gekauft, und zum Theil zum Geschenk erhalten, verworfe, und sie für einen bloßen Kunstgriff erklärt, dessen man sich bedient habe, um die heilsame Verordnung des Anastas zu umgehen und unwirksam zu machen. Diese Verordnung ist in der *L. 23. Cod. eodem.* enthalten, und lautet folgendermassen:

Ab *Anastasio* divae memoriae principe iustissima constitutio conscripta est tam humanitatis, quam benevolentiae plena: *Ut ne quis alienum subeat debitum, cessione in eum facta; et ne amplius a debitore consequatur his, quae praestitit cessionis auctori; exceptis quibusdam casibus, qui specialiter illa sanctione continentur.* Sed cum hi, qui circa lites morantur, eandem piam dispositionem in sua natura remanere minime concesserint, inventientes machinationem, ut partem quidem debiti venditionis titulo transferant in alium creditorem, reliquam autem partem per coloratam cedant donationem: generaliter Anastasianae constitutioni subvenientes, sancimus, *nulli licere partem quidem*

dem debiti cedere pecuniis acceptis, et venditione actionum habita; partem autem donationis titulo videri transferre: sed si voluerit debitum totum pure donare, et per donationem actiones transferre: non occulte, nec per artes clandestinas pecunias suscipere, publice autem simulatam donationem celebrare, sed undique puram et non dissimulatam facere donationem, huiusmodi enim cessionibus non adversamur. §. 1. Si quis autem occulte aliud quidem agere conatur, et pecunias pro parte accipit, et vendit particulatim actiones, partem autem donare simulat, vel ipsi, qui emtionem actionis partem subit, vel forsitan alii per suppositam personam, (quia et hoc saepius perpetratum esse dicimus) huiusmodi machinationem penitus amputamus, ut nihil amplius accipiat, quam ipse vero contractu re ipsa persolvit: sed omne, quod superfluum est, et per figuratam donationem translatum, inutile esse ex utraque parte censemus: et neque ei, qui cessit actiones, neque ei, qui eas suscipere curavit, aliquid lucri vel fieri vel remanere, vel aliquam contra debitorem, vel res ad eum pertinentes esse utriusque eorum actionem. §. 2. Sed et si quis donationem quidem omnis debiti facere adsimulaverit, ut videatur esse tota donatio, aliquid autem occulte susceperit: et in hoc casu tantummodo exactionem sortiri eius, quod datum esse comprobetur, et si hoc a debitore persolvatur, nulla contra eum vel substantiam eius et dissimulata donatione oriatur molestia.

Aus der Vergleichung beyder Verordnung erhellet, I. daß die Lex Anastasiana blos von einem Kaufe solcher Klagen spricht, deren Gegenstand ein debitum pecu-

pecuniarium ist. Die Worte der *L. 22. C. cit.* ut si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem; und die Worte der *L. 23.*: ut ne quis alienum subeat debitum, cessione in eum facta, desgleichen: nulli liceat partem quidem debiti cedere pecuniis acceptis, et venditione actionum habita, überzeugen uns, a) daß das Anastasianische Gesetz bloß auf Geldschulden gehe, nicht auf dingliche Klagen, deren Gegenstand zuerst taxirt werden mußte²⁾. Actionen im eigentlichen Sinn des Röm. Rechts entstehen ja überhaupt nur aus Obligationen. Daher sagt Ulpian *L. 178. §. 2. D. de Verbor. Signif.* plerumque actiones personales solemus dicere. Auch das Wort *debitum* bezieht sich bloß auf Obligationen³⁾. Mag also immerhin das Anastasianische Gesetz in seiner Art für die Schuldner heilsam seyn. An sich ist es doch exorbitant. Denn der Cessionar, als Stellvertreter des Cedenten, sollte eigentlich immer alles, was dieser wirklich zu fordern hat, vom Schuldner einklagen können. Die Regeln der Interpretation lassen demnach hier keine ausdehnende Erklärung zu. Daher ist auch b) das Gesetz auf andere Geschäfte, außer den Kauf nicht zu erstrecken, sollten sie auch sonst mit den Kaufe eine Aehnlichkeit haben, wie z. B. eine *datio in solutum*, oder ein Tausch⁴⁾. II. So wenig jedoch die Anwendung dieses Gesetzes über den wörtlichen Aus.

2) Anderer Meinung ist Gmelin a. a. O. §. 137.

3) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 100. der 4. Aufl. Schweppe Röm. Privatrecht 2. B. §. 323.

4) LENZ Tr. de nominib. et act. cess. Cap. 25. nr. 15. Ehbaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 80. Anderer Meinung sind jedoch VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 18. BACH cit. Diss. §. 3. in *Opusc.* pag. 376. und MALBLANC Princip. iur. Rom. T. III. §. 548.

Ausdruck desselben ausgedehnt werden darf, eben so wenig darf es aber auch gegen denselben und seine Absicht eingeschränkt werden. Es streitet demnach gegen die Worte des Gesetzes, wenn einige Rechtsgelehrten *) den Satz aufstellen, daß bey ganz klaren und unbezweifelten Forderungen das Anastasiansche Gesetz keine Anwendung finde. Man hat sich hier offenbar durch die Worte: *quum certum sit, pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant, iura sua vindicare, quam ad alios ea transferre velle, irre führen lassen, ohne zu bedenken, daß diese Worte nicht zur Sanction, sondern zur Geschichte von der Veranlassung des Gesetzes gehören. Die Sanction selbst, welche deutlich und kategorisch gefaßt ist, will überhaupt, daß der Käufer einer Schuld mehr nicht von dem Schuldner zu fordern berechtigt seyn solle, als er selbst dem Cedenten dafür bezahlt hat, ohne zwischen gewissen und ungewissen Forderungen zu unterscheiden. Diese allgemeine Verordnung aus dem, was der Gesetzgeber im Eingange seiner Legislation blos historisch zur Rechtfertigung derselben anführt, einschränken zu wollen, ist gewiß eine sehr unsichere, ja offenbar unrichtige Auslegungsart; zumal wenn der Gesetzgeber schon selbst, wie hier geschehen ist, die Fälle ausgenommen hat, welche unter der Sanction seines Gesetzes nicht begriffen seyn sollen. Mit Recht ist daher*

5) *Ant. FABER* Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. c. 12. LENZ Tr. de nominib. et act. cess. Cap. XXV. Pr. nr. 4. SANDE de Cessione act. Cap. XI. §. 25. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 181. FLOERCKE cit. Diff. Cap. III. §. 1. STRYK Cautel contract. Sect. IV. cap. 2. §. 19. MÜLLER ad Struvium Ex. XXIII. Th. 82. lit. d. nr. VI. de BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 19. Nov. 2. Westphal Rechtsgewachten und Erkenntnisse des bürg. Rechts 1. Th. h. t. §. 7. S. 94.

daher diese Meinung von andern ⁶⁾ verworfen worden.

III. Eine eben so irrige, selbst dem Wortverstande entgegenstreckende Erklärung ist es, wenn mehrere angesehene Rechtsgelehrten ⁷⁾ das Anastasianische Gesetz bloß auf den Fall beschränken wollen, da der Käufer der Klage den Cedenten aus gewinnsüchtigen Absichten zum Contract verleitet hat. Die L. 22. nimmt darauf keine Rücksicht, sondern erklärt jeden für einen redemptor litium alienarum, welcher in einem vom Gesetz nicht ausgenommenen Falle eine fremde Schuld für einen geringern Preis, als dieselbe der Summe nach beträgt, an sich handelt. Dagegen spricht die L. 23. C. Mandati ausdrücklich vom Cedenten, wenn sie alle Cumulation einer vorgebliehen Schenkung mit der vollzogenen Wendition verwirft. Ueberhaupt aber konnte der Umstand, wer die erste Veranlassung zu diesem Handel gegeben, und ob ihn der Verkäufer dem Käufer angeboten, oder der letztere den erstern zum Contract verleitet habe, gewiß dem Gesetz nur desto gleichgültiger seyn, je weniger dem Schuldner, dessen Schutz gegen Chikanen doch immer der Hauptgesichtspunkt der Ana-

6) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 73. Bern. Henr. REINOLDUS Varior. Cap. 32. (in *Opusc.* pag. 104. sqq.) Sam. de COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 24. et ad Eundem EMMINGHAUS not. w. Smellin in den kursor. Betrachtungen §. 139. BACH cit. Diff. §. 3. (in *Opusc.* p. 376.) und von Etndemann Abhandl. betreff. d. Frage: Ob auch in klaren und unbezweifelten Verbindlichkeiten das Gesetz des R. Anastas Anwendung erhalte? Mosk 1782. MALBLANC Princip. iuris Rom. Tom. III. §. 548. p. 453. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 980.

7) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 69. FRANTZKE Resolution. Lib. I. Qu. 8. nr. 44. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obl. 181. CURTIUS cit. Diff. Sect. L §. 31.

Anastasianischen Legislation ist, selbst daran liegen kann⁸⁾. IV. Man öffnet ferner der Chikane offenbar den Weg aufs neue, den ihr das Gesetz verschließen wollte, wenn man behauptet, der Preis, den der Cessionar für die erhandelte Schuld bezahlt hat, sey nicht bloß nach der Größe und dem Betrage der Schuldsumme zu beurtheilen, sondern dabey zugleich auf die Gewißheit, und Sicherheit der Forderung, Beschaffenheit der Beweismittel, Leichtigkeit oder Schwierigkeit der Erhebung, den Charakter des Schuldners, so wie nicht minder auf die Umstände der Zeit und des Orts Rücksicht zu nehmen, in deren Betrachtung dann ein Preis von 80. 70. 60. 50. oder auch eine noch geringere Summe für eine Forderung von 100 Fl. als ein verhältnißmäßig gerechter Preis erscheinen könne, der alle Anwendung des Anastasianischen Gesetzes ausschliesse⁹⁾. Ist nun aber dieß nicht der gerade Weg, das ganze Gesetz unwirksam zu machen? Wie leicht wäre es nicht der Chikane fast in jedem Falle, wo dem Kläger die Einrede des Anastasianischen Gesetzes entgegengesetzt wird, dergleichen Umstände vorzubringen, welche die vorgeschützte Einrede vernichten würden? Kann dieses wohl der Wille des Gesetzgebers seyn? Das Gesetz sagt ja deutlich genug, daß der Käufer einer Schuldforderung vom Schuldner nicht mehr, als das wirklich gezahlte Geld nebst Zinsen einzufordern berechtigt seyn solle. Warum will man

8) LEYSER *Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCIII. medic. 2. Smelin's angef. Betrachtungen* §. 139. S. 205. ff. u. *Fried. von Bülow's u. Theob. Hagemann's Practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 4. Band XL. Erst. S. 221. ff.*

9) LAUTERBACH *Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 61—63.* SCHELE *cit. Diff. §. 19.* GÜNTHER *Princip. juris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 980.*

man denn diese deutliche Bestimmung des Gesetzes durch eine so schwierige Erklärung der Chifane Preis geben? Man bleibe also auch hier bey den Worten des Gesetzes stehen, und man hat gewiß den sichersten Zeitsaden. V. Da das Gesetz blos den Vortheil des Schuldners beabsichtigt, so kann wohl der Ueberrest der Forderung, den der Cessionar nicht bezahlt hat, und wegen dessen ihm nun auch der Vorwand einer ihm damit gemachten Schenkung nichts mehr hilft, keinem Andern, als dem Schuldner, zu Gute kommen. Dieß spricht schon der Geist der Anastasianischen Verordnung aus. Justinian aber hat es in seiner Verordnung L. 23. C. Mandati, welche man mit Recht als eine authentische Interpretation der Verordnung des Anastas ansehen kann, in folgenden Worten deutlich ausgedrückt: Sed omne, quod *superfluum* est, et per figuratam donationem translatum, *inutile esse* EX UTRAQUE PARTE *ensemus*, et neque ei, qui *cessit actiones*, neque ei, qui *eas suscipere curavit*, aliquid *lucris* vel fieri vel remanere, vel aliquam CONTRA DEBITOREM, vel *res ad eum pertinentes esse* UTRIQUE EORUM ACTIONEM. Und dennoch konnte unter den Rechtsgelehrten darüber ein Streit entstehen, wem dieser Ueberrest gebühre? Dem Fiskus kann er wohl unmöglich zuerkannt werden, wie einige ¹⁰⁾ behaupten wollen, da für ihn kein Gesetz spricht, und die Gesetze ¹¹⁾ selbst verordnen, daß man im Zweifel immer gegen ihn entscheiden solle. Eben so wenig ist aber auch die Meinung derjenigen ¹²⁾ den Gesetzen gemäß, welche einen

10) CARPZOV Responsor. iur. Lib. V. Resp. 33. nr. 35. sqq. und MEVIUS P. III. Decif. 1.

11) L. 10. D. de iure fisci.

12) Hub. GIPHANIUS Explanat. difficilior. Legg. Cod. ad L. 22. et

einen Unterschied machen, ob der Verkäufer der Forderung, bloß durch den Dolus des Käufers zur Cession verleitet, seiner Seite bona fide und ohne alle Simulation gehandelt, oder mit dem Cessionar zur Hinterziehung des Gesetzes colludirt habe; und in dem erstern Falle den Ueberrest dem Cedenten, in dem letztern aber dem Schuldner zubilligen wollen. Die Gründe, der Cedent habe in jenem erstern Falle nichts Strafwürdiges begangen, kein Gesetz stehe ihm entgegen, welches ihn des Ueberschusses verlustig erkläre; — es sey unbillig, daß sich der Schuldner mit demselben Schaden bereichere; — dem Cedenten gebühre der Ueberrest schon darum, weil die Cession in Rücksicht desselben für nicht geschehen erklärt werde; und nur in dem letztern Falle sey ihm das Gesetz entgegen, da er mit dem Käufer colludirt und selbst arglistig gehandelt habe; — sind offenbar unbedeutend. Denn das ganze Raisonnement beruhet auf einem in die Augen leuchtenden Mißverstände der *L. 23. C. cit.* Aus dem Inhalt desselben geht klar hervor, daß Justinian bloß die Absicht gehabt habe, die Verordnung des Kaisers Anastas, welche man durch eine gebrauchte List unwirksam zu machen gesucht hatte, zu erklären, und durch eine ausdrückliche Erklärung auf Fälle auszudehnen, welche nach dem Geiste des Gesetzes, wenn nämlich keine Chifane dagegen zugelassen werden sollte, schon mit unter der Sanction desselben begriffen waren. Weit entfernt war

et 23. C. Mand. pag. 300. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 75—77. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 19. Not. 1. Westphals Rechtsgutachten u. auserles. Erkenntnisse des bürg. Rechts. 1. B. h. t. §. 6. C. 94. und Nr. 28. C. 367. SCHLLE Diff. cit. §. 22. CURTUS Diff. cit. Sect. II §. 10. et 11.

war also seine Absicht, in Ansehung der angegebenen Fälle etwas Neues zu verordnen, was nach dem wahren Sinn des Gesetzes sonst nicht würde Statt gefunden haben. Nein; es ist für keine Einschränkung, sondern für eine bloße Erklärung des Anastasianischen Gesetzes zu halten, was Justinian bey dem diesem Gesetz widerstehenden Verkauf der Forderungen, im Falle einer dabey vorkommenden simulirten Schenkung, zum Vortheil des Schuldners ausdrücklich verordnet hat, und geht also natürlich auch auf alle andere Fälle; welche in der L. 22. selbst ausgedrückt sind. Wollte man das Gegentheil behaupten, und, außer den Fällen der L. 23., dem Cedenten den Theil der Schuldforderung zu Gute kommen lassen, der nach der Verordnung des Anastasianischen Gesetzes dem Käufer entgeht, was würde der Schuldner durch das Gesetz gewonnen haben? Wäre nicht vielmehr seine Lage dadurch verschlimmert worden, daß er nun, statt eines Gegners, zwey bekommen hätte? Müßte er den Ueberrest an den Cedenten herausgeben, so würde man ihm wirklich eher rathen müssen, sich der Einrede des Anastasianischen Gesetzes gar nicht zu bedienen, sondern dem Cessionar die ganze Schuld gutwillig zu bezahlen, weil er dann wenigstens von einem neuen Angriffe, dem er sonst von Seiten des Cedenten ausgesetzt seyn würde, nichts mehr zu befürchten hätte. Der Grund, daß die Cession in Rücksicht des Ueberrests für nicht geschehen zu halten sey, beweist überdem mehr, als er soll. Denn wäre er wahr, so müßte in jedem Falle, selbst der vorgefallenen Collusion ungeachtet, der Ueberrest dem Cedenten zugesprochen werden, welches doch gegen die klaren Worte des Gesetzes streiten würde. Da jedoch

das

das Geſetz ausdrücklich nur die Klage, wegen dieſes Ueberſchufes, gegen den Schuldner verſagt, ſo ſcheint es zweifelhaft zu ſeyn, ob nicht vielleicht die natürliche Verbindlichkeit mit den ihr nicht ausdrücklich genommenen Wirkungen fortbauend bleibe, und dem Cedenten z. B. zum Behuf einer Compensation oder Retention von Nutzen ſeyn könne? Man hat dieſes wirklich zu behaupten geſucht¹³⁾, allein, wie mir dünkt, ohne hinlänglichen Grund. Denn der Cedent hat ja ſein Recht ganz auf den Ceſſionar übertragen, und dieſes Recht iſt auch durch die gerichtliche Verfolgung deſſelben auf den Ceſſionar übergegangen. Wie kann alſo eine Verbindlichkeit fortbauend bleiben, wo kein Recht mehr exiſtirt? Es ſtreket aber auch dieſe Meinung gegen die klaren Worte der *L. 23. §. 1. C. Mand.* wo Juſtinian ſagt: *Omne, quod ſuperfluum eſt, INUTILE eſſe ex utraque parte cenſemus, et neque ei, qui ceſſit actiones, neque ei, qui eas ſuſcipere curavit, aliquid lucri vel fieri, vel REMANERE.* Dieſe Worte laſſen keinen Zweifel übrig, daß die ganze übrige Verbindlichkeit zum Vortheil des Schuldners vernichtet ſey. Aus allem erhellet alſo klar, daß den Ueberreſt niemand, als der Schuldner, gewinne, und dieſe Meinung hat auch den Beyfall der meiſten Rechtsgelehrten¹⁴⁾ für ſich. VI. Klage dem

13) S. Weber's ſiſt. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. § 94. S. 403.

14) CUIACIUS *Observat. Lib. XVI. c. 16.* BRUNNEMANN *Tr. de ceſſ. action. Cap. I. nr. 87. ſq.* SCHILTER *Prax. iur. Rom. Ex. XXX. §. 85.* STRUV *Synt. iur. civ. Ex. XXIII. Th. 80.* FLOERCKE *cit. Diſſ. Cap. V. §. 3. et 4. de COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 27. Fratres BECMANNI Conſilior. et Deciſ. P. I. Reſp. IX. Qu. 5. nr. 32. ſqq.* BACH *Diſſ. cit. §. 5.* WALCH *Controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. membr. IV. Subſ. I. §. 5.* HAUBOLD *ad Bergeri Oecon. iur. Tom. I. pag. 266. not. f.*

demnach der Cessionar auf die ganze Schuld, so kann mit Recht der Schuldner vom Kläger den Beweis verlangen, daß er die volle Summe, welche er von ihm fordert, auch wirklich an seinen Gläubiger, den Cedenten, bezahlt habe. Dieß ist die in der Praxis angenommene Regel, welche sich auch aus der Theorie vollkommen rechtfertigen läßt¹⁵⁾. Denn mehr, als der Cessionar dem Cedenten bezahlt hat, ist derselbe von dem Schuldner einzulagen nicht berechtiget. Das Recht auf den Ueberrest hat das Gesetz vernichtet. Die Behauptung des Klägers, er habe den ganzen Schuldbetrag bezahlt, gehört also zum Grunde der Klage. Dieser wird aber von dem Beklagten abgeläugnet oder bestritten. Denn die sogenannte Einrede des Anastasianischen Gesetzes ist nichts anders, als eine negative litiscontestation¹⁶⁾. Der Cessionar muß folglich beweisen, daß er die

MALBLANC Princ. iur. Rom. Tom. III. §. 548. Ehibaut Syst. des Pand. R. 1. B. § 80. HOFACKER Princ. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1955. Man sehe auch von Lindemann Abb. betreff. die Frage: wer den Ueberschuß erhält, wenn einem Cessionar die Einrede aus der L. Anast. entgegengesetzt wird? Rostock 1783. 4. und der Gebr. Overbeck Meditationen über versch. Rechtsmaterien 1. B. Med. 52.

15) LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. § 72. Struben rechtliche Bedenken IV. Th. Deb. 190. Fratr. BECMANNI Consil. et Decis. P. I. Resp. IX. Qu. 4. p. 185. Gmelin u. Elsäfers gemeinnütz. jurist. Beobachtungen. IV. B. Nr. XII. §. 137. S. 201. Fried. von Willow u. Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen d. Rechtsgelehrs. IV. B. Erört. 40. S. 223. HAUBOLD ad Bergerum T. I. pag. 267. not. k. BACH cit. Diss. §. 5. HOFACKER cit. Princip. T. III. §. 1955. MALBLANC Princ. iur. Rom. Tom. III. §. 548. Schönigabn über die Zulässigkeit des Anastasian. Gesetzes. Wolfenbüttel 1802. §. 33. Gebr. Overbeck Mediat. über versch. Rechtsmaterien 7. B. Medit. 385. Ehibaut Syst. des P. R. 1. B. § 80. a. E. und Schweppe Röm. Privatrecht. 2. B. §. 355.

16) 10. Frid. SPANGENBERG Tr. Quaestionem sistens: Num Legis

die geklagte Summe mit Recht von dem Schuldner verlangen könne, weil jeder Kläger den Grund seiner Klage beweisen muß, für den keine Rechtsvermuthung streitet. Die Regel, nach welcher sonst der Beklagte den factischen Grund der Einrede, welche er vorschützt, beweisen müsse¹⁷⁾, kann hier also keinen Grund abgeben, dem Schuldner, welcher sich auf das Anastas. Gesetz beruft, den Beweis aufzubürden, daß weniger für die Schuld bezahlt worden sey, als von dem Cessionar eingeklagt wird. Zwar haben mehrere Rechtsgelehrten¹⁸⁾ dieses zu behaupten gesucht; allein ihre Gründe widerlegen sich von selbst. Man kann ihnen zugeben, daß die Ansprüche des Cessionars, durch die erwiesene Cession, an sich betrachtet, allerdings begründet sind. Diese Begründung betrifft aber nur die Legitimation zur Sache, von welcher der hier zur Sprache kommende nächste Klagegrund wohl zu unterscheiden ist; denn dieser beruhet auf der quaestio facti, ob der Kläger auch das Recht, die ganze Schuld, so wie er sie jetzt einklagt, von dem Beklagten zu fordern, durch Bezahlung des ganzen Betrags derselben, erworben habe? Diesen Grund der Klage muß der Kläger, da er von dem Beklagten in Streit gezogen wird, natürlich beweisen, und hierzu ist das Geständniß des Cedenten, weil man seinem Zeugniß, wegen besorglicher Collusion, nicht trauen kann, für

gis Anastasianae exceptio, quam vulgo nuncupant, vera sit exceptio, an potius ad negativam litis contestationem referenda? *Ienae* 1805. 8.

17) *L. 9. C. de Except. L. 1. D. eodsm.*

18) *MEVIUS P. VIII. Decis. 444. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Nr. 66. Paul. Lud. Ferd. EBER Diss. de probatione cessionis Legi Anastasianae repugnantis, praef. Car. Frid. WALGH def. Ienae 1781. und Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. S. 277. f.*

für hinlänglich nicht zu achten, sondern muß durch andere Beweismittel, wozu denn auch die Eidesbelation gehört¹⁹⁾, außer Zweifel gesetzt werden.

§. 1025.

Wenn findet das Anastas. Gesetz keine Anwendung? Heutiger Gebrauch desselben.

Folgende Fälle sind jedoch ausgenommen, wo das Anastasianische Gesetz keine Anwendung findet²⁰⁾. I. Wenn Miterben und Legatäre bey der Theilung sich gemeinschaftliche Forderungen cediren. Hier gilt die Cession auch für einen geringern Preis, um die Unbequemlichkeiten der theilweisen Einforderung und Bezahlung zu umgehen²¹⁾. II. Wenn die Cession zur Tilgung einer Schuld in solutum, oder zur Erhaltung des Besizes geschieht. Z. B. wenn ein jüngerer Pfandgläubiger sich das Pfandrecht des ältern, um gegen diesen gedeckt zu seyn; oder der Besizer einer mit einer Hypothek beschwerten Sache sich die Forderung des Pfandgläubigers, um den Besiz der Sache zu behalten, für einen geringern Preis abtreten läßt²²⁾. III. Wenn die Cession eine reine Schenkung, oder ein Tausch ist. Denn nur auf den reinen oder mit einer Schenkung vermischten Kauf beschränkt sich die Anwendbarkeit der Anastasianischen Constitution, auf andere Geschäfte kann sie nicht erstreckt werden²³⁾. Justinian hob
zwar

19) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 11. de CRAMER Observat. Jur. univ. Tom. I. Obl. 287.

20) L. 22. C. Mandati. Verb. Exceptis etc. S. Io. Ioach. SCHOEPPER Diss. de cessatione Legis Anastasiana. Francof. ad Viadr. 1684. rec. 1717. von Lindemann Abhandl. über die Frage: in welchen Fällen das Anastas. Gesetz keine Anwendung finde? Grefswald 1785. 8.

21) L. 2. §. ult. L. 3. D. Famil. ercisc. REINOLD Opuscul. pag. 287.

22) L. 12. §. 6. D. Qui potior. in pign. L. 22. Cod. de pignor. MEVIUS P. IV. Decis. 114. SCHOEPPER cit. Diss. Cap. III. nr. 3. et 18. BACH cit. Diss. §. 6. REINOLD Opusc. pag. 288.

23) Eht aut Syst. des Pand. N. 1. B. §. 80.

zwar in einer neuern Verordnung, deren Inhalt *Curaz* ²⁴⁾ aus den *Vasilliken* wieder hergestellt hat, alle die vom *Kr. Anastas* in seiner Verordnung gemachten Ausnahmen wieder auf. Allein diese Constitution, welche jetzt in der *Gothofredischen* und *Spangenbergischen* Ausgabe als die *L. ult. Cod. Mandati* erscheint, gehört zu den nicht glossirten Gesetzen des *Codex*, welche in Deutschland keine gerichtliche Auctorität haben ²⁵⁾. Uebrigens aber läßt sich der heutige Gebrauch der *Lex Anastasiana* mit Grund nicht bestreiten ²⁶⁾; wiewohl verschiedene Rechtsgelehrten ²⁷⁾ anderer Meinung sind. Denn der Grund des Gesetzes findet auch noch jetzt Statt; und die in den Schriften der practischen Rechtsgelehrten allenthalben vorkommenden Rechtsprüche beweisen den lebhaften Gebrauch dieses Gesetzes ²⁸⁾. Nur bey der Indossirung der Wechsel erlaubt die den Römern unbekannte Strenge des heutigen Wechselprozesses die Anwendung desselben nicht ²⁹⁾.

24) *Observat. Lib. XVI. cap. 16.*

25) *LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 71.*

26) *LAUTERBACH l. c. §. 79. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCIII. med. 1. et ad Eundem MÜLLER in Observation. pract. Tom. II. Fasc. II. Obs. 423. Joh. Christ. Konr. Schöster vermischte jurist. Abhandlungen 2. B. S. 23. f.*

27) *Christ. THOMASIVS in Diss. de aequitate cerebrina et exiguo usu practico Legis Anastas Halae 1717. u. HOMMEL Rhapsod. quaestion for. Vol. IV. Obs. 531.*

28) *CRAMER Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 287. Fratr. BECMANNORUM Consil. et Decis. P. I. Resp. 9. et Resp. 26. n. 8. Dütters äußerl. Rechtsfälle 3. B. 3. Th. Resp. 302. nr. 31.*

29) *LEYSER Medit. ad Pand. Vol. III. Specim. CCIII. medit. 4. et 5. u. Rahn über die Unzulässigkeit der Einrede des Anastas. Gesetzes gegen Wechselforderungen. Braunschweig 1802. 8. Man sehe jedoch Christ. Gottl. RICCI Exercitat. in univ. ius cambiale. Ex. VI. Sect. II. §. 26 — 28. und Phil. Carl Scherer's Wechselprozeß § 99.*

V e r t i c t i g u n g e n .

S. 453. Not. 80. ist statt *usus, casus*, und

S. 458. §. 1024. B. 3. statt die *Schuldner*, der *Schuldner* zu lesen.



